

REVISTA
EUROLATINOAMERICANA DE
DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 4 | N. 1 | ENERO/JUNIO 2017 | ISSN 2362-583X



RED DOCENTE
EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO



El contrato administrativo a futuro

The future administrative contract

RAQUEL CYNTHIA ALIANAK*

Universidad Nacional de Rosario (Argentina)
raquelalianak@hotmail.com

Recibido el/Received: 30.05.2017 / May 30th, 2017

Aprobado el/Approved: 28.06.2017 / June 28th, 2017

RESUMEN

El trabajo ensaya una serie de principios que pueden ser elaborados como propios y específicos de la buena administración en la contratación pública, que complementan los formulados como inherentes a la "buena administración" en general así como los señalados como propios de la contratación pública global. Estos principios, que constituyen a la vez desafíos para el contrato administrativo en el futuro, provienen de focalizar diversos tópicos o cuestiones que pueden darse en la etapa de selección así como en la de ejecución contractual, los cuales deben ser repensados en su contexto, diseño y modalidades de ocurrencia, a fin de que prevalezca el consenso activo, una mayor previsibilidad y predictibilidad para ambas partes, y criterios objetivos de interpretación; y todo ello tendiente a preservar la vida del contrato, evitar futuros conflictos que pueden eludirse, y satisfacer los intereses públicos y las necesidades involucradas en el objeto de la contratación.

Palabras clave: contratos administrativos; buena administración; contratación pública global; principios; previsibilidad.

ABSTRACT

The paper tries out a series of principles that can be elaborated as specific and proper to "good administration in public procurement", which complement those formulated as inherent to "good administration" in general, as well as those identified as typical of global public procurement. These principles, which are both challenges for the administrative contract in the future, come from focusing on various topics or issues that may arise in the selection stage as well as in the contractual execution, which must be rethought in context, design and modalities of occurrence, so that active consensus prevails, as well as greater predictability for both parties, and objective criteria of interpretation; and all this tending to preserve the life of the contract, to avoid future conflicts that can be eluded, and to satisfy the public interests and the necessities involved in the object of the contracting.

Keywords: administrative contracts; good administration; global public procurement; principles; predictability.

Como citar este artículo | *How to cite this article:* ALIANAK, Raquel Cynthia. El contrato administrativo a futuro. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 4, n. 1, p. 41-55, ene./jun. 2017. DOI: 10.14409/rr.v4i1.7132

* Profesora titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina) y profesora adjunta por concurso de dicha materia en la citada Facultad. Master on Comparative Law (University of San Diego, USA). Profesora adjunta en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (sede Rosario). Profesora titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL) de Rosario. Miembro fundadora y miembro activa de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Profesora estable de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la UNR; Profesora invitada en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ha sido secretaria y vicepresidente del Colegio de Abogados de Rosario (periodos desde el año 1999/2008). Presidenta del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario. E-mail: raquelalianak@hotmail.com.



Venimos de las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo, celebradas a comienzos del presente mes en Pazo de Mariñán, en La Coruña, cuyo tema fundamental fue la contratación pública y la buena administración en cada una de las fases del contrato público, desde la etapa del diseño de la política pública hasta el cierre del contrato.

Creo que el contrato administrativo a futuro debe receptor una serie de inquietudes y desafíos, plasmando en la práctica principios que he elaborado y explicitado en aquellas jornadas, como propios y específicos -para los contratos públicos- de una buena administración pero también, al mismo tiempo, de un buen contratista, en un justo y armónico equilibrio, que no ponga acentos en “contraposición de intereses” y en prácticas potenciadoras de prerrogativas exorbitantes del sector público, sino que comprenda dicha relación jurídica como un sistema ecuánime y ponderado de derechos, deberes, valores y garantías, para la satisfacción de las necesidades de la sociedad involucradas en el objeto de dicha contratación.

Estos principios a los que aludo, se integran y complementan (para los contratos administrativos) los que tradicionalmente están involucrados en la idea de la buena administración, esto es, la transparencia, la participación, rendición de cuentas, eficacia, coherencia, adaptación a las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación; e incluso se añaden también a otros principios que han sido señalados como de la esencia de la contratación pública global (tales como proceso de selección como regla, igualdad de trato, no discriminación, concurrencia, recurribilidad de decisiones, compatibilidad con el medio ambiente y derechos humanos); todos ellos trascendentes también en el contrato a futuro, pero creo yo -como señalé hace dos semanas- no como meta de llegada, sino como punto de partida, no excluyentes de otros, que irán surgiendo a medida que identifique algunos tópicos que considero insoslayables en el contrato administrativo a futuro.

Siempre en el entendimiento que los principios pro homine, pro actione, progresividad, irreversibilidad de derechos, adecuación normativa resultan directamente aplicables al contrato público en todas sus fases, desde la elaboración de las condiciones de participación hasta la fase de liquidación del contrato.

1. Uno de los tópicos trascendentes invocado en aquellas Jornadas, en cada una de las etapas del contrato, y que a mi criterio constituye uno de los grandes desafíos contemporáneos de la contratación administrativa, es el relacionado con los medios e instrumentos propios de una buena administración y del buen contratista, para evitar la corrupción en la contratación pública.

1.1. En este tema, la Directiva de la Unión Europea nº 24/2014 de contratación pública, en su Art. 24, sobre “Conflictos de intereses”, impone a los poderes adjudicadores



el deber de adoptar medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratos, para evitar el falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los empresarios.

1.2. En la República Argentina, en consonancia con el deber impuesto a los Estados miembros por las Convenciones Interamericana contra la Corrupción y de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobadas, respectivamente, por las leyes nros. 24759 y 26097), en torno a la adopción de medidas sobre contratación pública que eviten actos de corrupción y que plasmen los principios de publicidad, transparencia y eficiencia; y asimismo, en concordancia con las cláusulas anticorrupción previstas en el régimen contractual público nacional, así como con los deberes y principios que devienen de la Ley y del Código de Ética pública (Ley N° 25.188 y decreto N° 41/99, respectivamente), resulta interesante mencionar que en el mes de marzo del corriente año, 27/03/2017, se ha dictado el Decreto N° 202/2017, por el Poder Ejecutivo Nacional, a través del cual se instrumenta -en pos de la transparencia y de la objetividad- un procedimiento a aplicar en supuestos de conflictos de intereses o vinculación particular entre quien esté interesado en contratar o sea contratista o concesionario del Estado, con el Presidente, Vice-Presidente, Ministros, Jefe de Gabinete, autoridades de igual rango, titulares de entidades del sector público nacional o funcionarios de rango inferior al ministro que tengan competencia para contratar o aprobar la contratación, y/o decidir sobre el acto que interesa al declarante.

Producida dicha situación de vinculación particular, esas autoridades deberán abstenerse de intervenir y de ejercer su competencia, a fin de fortalecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones, quedando el procedimiento a cargo del funcionario que corresponda legalmente en caso de excusación.

La norma citada aún no ha sido reglamentada, pero sus puntos sobresalientes pueden sintetizarse del siguiente modo:

1.2.1. Resulta aplicable a quienes se presenten a un procedimiento de selección para contratar u obtener licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre bienes de dominio.

1.2.2. Deberán presentar una Declaración Jurada de Intereses, informando si se encuentran o no alcanzados por alguno de los supuestos de vinculación con alguno de los funcionarios mencionados, aun cuando éstos no tuvieren competencia para decidir sobre la contratación o acto que se trate.



1.2.3. Los supuestos de vinculación que la regulación prevé son los siguientes: *parentesco por afinidad dentro del 2do grado y por consanguinidad dentro del 4to grado; *sociedad o comunidad; *tener pleito pendiente; *ser deudor o acreedor; *haber recibido importantes beneficios; *tener amistad pública o familiaridad de trato.

1.2.4. Si la involucrada es una persona jurídica, el supuesto de vinculación debe darse en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los representantes legales de esas personas jurídicas, sociedades controlantes o controladas, directores, socios o accionistas con participación idónea para formar voluntad social, o que ejerzan influencia dominante en razón de sus acciones o cuotas partes.

Si hacen oferta pública de acciones, la vinculación se debe referir a cualquier accionista o socio con más del 5% del capital social.

1.2.5. Los datos brindados en la Declaración Jurada deben actualizarse anualmente, o dentro de los noventa días de aparecer un supuesto de vinculación; y han sido previstas tres oportunidades diferentes para su presentación:

- (i) al momento de inscripción como proveedor o contratista del Estado Nacional en los registros pertinentes; o
- (ii) de estar inscripto, dentro de los 90 días hábiles de entrada en vigencia de esta norma; o
- (iii) en la primera oportunidad en que el interesado se presente ante un organismo a los fines de un contrato o del otorgamiento de los otros actos .

1.2.6. Dicha Declaración Jurada deberá ser comunicada por los organismos contratantes a la Sindicatura General de la Nación y a la Oficina Anticorrupción, dando además debida publicidad en la página web de la entidad contratante.

En caso de darse el supuesto de vinculación, deberán adoptarse uno de los siguientes mecanismos (los cuales serán regulados en Manuales de Procedimiento que elaborará la Oficina Anticorrupción), que se aplicarán en todas las etapas del procedimiento de contratación y ejecución:

- a) Celebración de un pacto de integridad.
- b) Participación de testigos sociales.
- c) Veeduría especial de organismos de control.
- d) Audiencias públicas.

1.2.7. Finalmente, la falta de presentación de la Declaración Jurada o la falsedad de información proporcionada, podrá ser considerada como causal de exclusión del



procedimiento, o como falta de máxima gravedad a efectos de la sanción, conforme a régimen sancionatorio aplicable.

1.3. Algunos de los “mecanismos” que este decreto manda aplicar en caso de supuestos de vinculación particular, han sido regulados en el Derecho Comparado.

1.3.1. Me refiero, por ejemplo, a los testigos sociales, figura contemplada en el Código Administrativo del Estado de Méjico (el cual resulta aplicable a los contratos de obra pública, arrendamientos, servicios, suministros, etc.).

Dicho ordenamiento define a los testigos sociales como “un mecanismo de participación ciudadana en un contrato público que por su complejidad, impacto o monto de recursos requieren una atención especial, para minimizar riesgos de opacidad y corrupción”.

Los Pliegos de licitación deben informar acerca de la eventual participación de testigos sociales, quienes pueden ser personas físicas o jurídicas cuya misión es representar a la sociedad civil.

El testigo tiene derecho a voz y emite su testimonio al final de su participación, entregándolo a la entidad contratante y a la Contraloría, con la obligación de publicación en la página web oficial del organismo. Dicho informe deberá proponer las medidas que considere oportunas implementar, a fin de fortalecer la transparencia e imparcialidad en el procedimiento de contratación.

La participación como “testigo social” requiere la inscripción en un Registro, y se les impone el deber de actuar de modo objetivo, independiente, imparcial, con honestidad y ética.

El informe presentado por el “testigo social” no libera a los servidores públicos de su responsabilidad por posibles actos que se hayan realizado en contravención de la normatividad aplicable durante los procedimientos de contratación.

En la norma en comentario, existe una minuciosa regulación de aspectos que atañen al contenido mínimo que deben prever los contratos que se celebren con el testigo social; a los distintos estadios en los que aquél podrá participar, conforme a su contrato de participación, desde la formulación de las bases de la contratación hasta la adjudicación; a las características que deben reunir las contrataciones públicas para contar con testigos sociales (a modo enunciativo, que se trate de obras de alto impacto social; y/o que impliquen montos representativos; y/o que incidan en estrategias de crecimiento estatal, etc.).

Los testigos sociales que intervienen en una contratación incurrirán en responsabilidad en caso de incumplimiento de los deberes a su cargo; esto es, en supuestos de actuación con parcialidad y/o de modo subjetivo; o de intento de influencia sobre la



adjudicación; o en caso de obstaculizar el procedimiento, o conductas similares.- En dichos supuestos, su registro como testigo social será definitivamente cancelado, independientemente de las sanciones que resulten aplicables conforme la legislación vigente.

1.3.2. Por su parte, los pactos de integridad a los que también alude el Decreto n° 202/2017 de la República Argentina, son acuerdos voluntarios que suscriben todos aquellos que intervienen en un proceso de contratación, cuyo objetivo primordial es promover la transparencia, equidad y sostenibilidad.

La Administración por una parte, asegura transparencia en el diseño de las bases de compra, la adjudicación y la ejecución; y por la otra, los oferentes, también se comprometen a no ofrecer sobornos y a denunciar a aquellos que lo hagan.

Se trata de consenso para erradicar la corrupción.

2. Otros desafíos y también principios que deben regir en el contrato administrativo a futuro, son a modo enunciativo, los siguientes:

2.1. Uno de ellos apunta a una mayor previsibilidad y predictibilidad en el devenir de la ejecución contractual, para ambas partes. Ello se torna necesario a fin de evitar conflictos presentes y futuros que pueden conspirar contra la evolución esperable del contrato.

2.1.1. Se puede lograr si en la etapa de planificación del contrato (como lo señalan algunos excelentes manuales de buenas prácticas para la gestión contractual pública, como el de Colombia de 2012) se perfila un Mapa de Riesgos de la Actividad Contractual, cuya finalidad es la individualización de los riesgos que eventualmente pudieren ocurrir para las partes, durante la ejecución, así como el modo en que serán soportados por aquéllas.

2.1.2. Resulta por ende también necesario contar con una Partida Global en el Presupuesto, destinada a costos imprevistos por contingencias que pudieren ocurrir, conforme a la valoración de riesgos realizada, y que no se relacionan con la ejecución normal del trabajo. No se incluyen allí los “adicionales” que puedan ser necesarios, pues ellos están previstos en la regulación de Argentina y también en la Directiva Europea N° 24/2014, la cual -por otra parte- marca una clara diferencia entre “adicional” y “modificación sustancial del contrato”, en cuyo caso dicha regulación propicia una nueva licitación.



En Argentina, no existen previsiones en tal sentido en la normativa nacional de contratos públicos.

Sólo encontramos disposiciones sobre identificación de riesgos, distribución entre las partes y asunción de los mismos según la mejor capacidad de monitoreo, gestión y solución, en las nuevas normas de contratación público-privada (Ley Nro. 27.328 de Contratos de participación público-privada -B.O. 30.11.2016; y Decreto reglamentario Nro. 118/2017 -B.O. 20.02.2017), cuyo objeto es el desarrollo de proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica. Recordamos que este tipo de contratos público-privados constituyen una modalidad “alternativa” a los contratos tradicionales de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, etc.

2.1.3. Coadyuva también a este esquema de mayor previsibilidad y predictibilidad para las partes en el contrato administrativo, sobre todo en su etapa de ejecución, algunas sugerencias contenidas en la “Guía de Buenas Prácticas Contractuales Públicas de Colombia” acerca de la conveniencia de suspensión del contrato, con el fin de evitar el encarecimiento de la prestación por hechos que sean de responsabilidad de la entidad pública o, en su caso, imprevisibles.

Dicha suspensión propiciada es -precisamente- similar a la figura de la “tutela preventiva”, actualmente regulada en el Art. 1032 del nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, a través de la cual se reconoce el derecho de una parte -en un contrato privado- a suspender su cumplimiento en el supuesto que sus derechos sufrieren una grave amenaza de daño porque la otra parte ha sufrido un menoscabo significativo en su aptitud para cumplir, o en su solvencia.

En el ámbito de los contratos administrativos, estas suspensiones son propuestas por las guías de buenas prácticas contractuales señaladas, en supuestos de grave mora, falta de pago del anticipo, o falta de adopción de los correctivos necesarios para la buena marcha del contrato.

Creo entonces, que -siguiendo los buenos ejemplos antes citados- dichas suspensiones en el contrato administrativo debieran ser realizadas de común acuerdo entre el Comitente y el contratista, a fin de prever (plasmando esos principios de previsibilidad y predictibilidad que referí en el comienzo, ligados a la eficacia del contrato): 1) las acciones a adoptar para remover los obstáculos existentes; 2) las condiciones que deberían darse para reiniciar la ejecución, y 3) las contraprestaciones económicas de cada parte durante la suspensión, para evitar futuros conflictos.

Y tales directrices son consideradas en la guía de buenas prácticas citada, como la decisión de gestión idónea contractual.

La aplicación de la “tutela preventiva” entonces, permite conservar con vida el contrato hasta que imposibilidad desaparezca, preservando los derechos de las partes, sin



imponer situaciones gravosas a una de ellas en situaciones en que no tendría la obligación de soportarlas.

2.1.4. En tal sentido, también me parecen muy interesantes algunas prescripciones contenidas en la “Guía Práctica para evitar errores en la contratación pública”, elaborada por la Comisión Europea en el año 2015, para aplicar a contratos de obra pública, suministros o servicios.

Dicha guía individualiza errores a evitar en la contratación, y para ello identifica “alertas”, en referencia a riesgos que deben ser considerados para lograr economía, eficiencia y eficacia; o “atención”, respecto a tópicos en los que se presentan los errores más graves y corrientes; o “ayudas”, al indicar los recursos adicionales deben estar disponibles así como las herramientas para la solución.

También alude al Registro de Riesgos que cada contrato debe contener (con prioridades a cumplir; plan de continuidad; interdependencias con otros contratos para evitar incidencias no deseadas de unos sobre otros, etc.).

2.2. Creo que otro desafío para el contrato administrativo a futuro está centrado en la etapa de ejecución del contrato, y se focaliza en la necesidad de rever las relaciones entre comitente y contratista.

Existen pautas interesantes al respecto contenidas en la Guía Práctica de la Comisión Europea.

Es importante visualizar este tema en la contratación pública argentina, pues resulta superador, por ejemplo en el contrato de obra pública, de las relaciones que existen entre el Inspector de obra (representante de la Administración Pública comitente en la obra) y el Representante Técnico (representante del contratista en la ejecución de la obra), que se materializan mediante la emisión, respectivamente, de las Órdenes de Servicio y de las Notas de Pedido.

De lo que se trata, realmente, es de diseñar un esquema de relación continua entre las partes, conviniendo reuniones a llevarse a cabo, su frecuencia de ocurrencia, los informes de situación a realizar y los planes de escalado.

La posibilidad de que existan reuniones regulares entre la Comitente pública y los contratistas, durante el curso de ejecución del contrato, permite garantizar su cumplimiento, evitando asimismo conflictos futuros; permite advertir anticipadamente sobre situaciones o circunstancias que pueden alterar el ritmo normal de los trabajos, conviniendo acciones al respecto; y además posibilitará solucionar cuestiones que son -por ejemplo- ajenos a la competencia del inspector de obra.

Este tipo y estilo de vinculación entre las partes de un contrato administrativo constituye la implementación, en la práctica, del deber de colaboración que debe existir



entre ellas, proclamado como de la esencia del contrato público en aras a la satisfacción del fin público ínsito en el objeto de la contratación; pero que muchas veces está ausente.

Actualmente, el Art. 1011 del Código Civil y Comercial argentino ha plasmado el deber de colaboración de modo expreso para los contratos de larga duración, reforzando entonces este principio-deber aplicable en los contratos públicos. Debe propiciarse en el futuro una mirada extensiva de dicha disposición al ámbito contractual administrativo, previéndose la posibilidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de derechos, tal como está plasmado en el nuevo Código.

De este modo se plasman otros principios que creo son específicos para el contrato administrativo a futuro: consenso activo en tópicos importantes y entendimientos de buena fe.

2.3. Otro aspecto que estimo interesante señalar, en pos de un contrato administrativo que refleje el ideario de la "buena administración", se relaciona con la necesidad de que los Comitentes públicos responsablemente reconozcan y liquiden a los contratistas, proveedores o concesionarios, en sede administrativa -dados los supuestos y requisitos para su procedencia conforme al plexo normativo aplicable- rubros y conceptos a los que tienen derecho en tal carácter, surgidos durante la ejecución, sin necesidad de que aquellos deban ocurrir a la instancia judicial.

Se trata de aplicar la garantía de la tutela administrativa efectiva en el ámbito de los contratos administrativos.

2.4. Desde otra perspectiva, y en referencia a ambas partes del contrato administrativo, un punto importante a tener en cuenta es el relacionado con las circunstancias en base a las cuales puede definirse que un incumplimiento contractual se torna esencial, en atención a la finalidad del contrato.

Ello no se encuentra en contraposición con las causales que la normativa contractual vigente establece para la rescisión del contrato por culpa de alguna de las partes.

Precisamente, en tal sentido, el Código Civil y Comercial argentino en el Art. 1084 brinda pautas esclarecedoras para configurar esa situación: por ejemplo, que el cumplimiento estricto de la prestación sea fundamental dentro del contexto del contrato; o que el cumplimiento tempestivo de la prestación sea condición de mantenimiento del interés del acreedor; o que el incumplimiento prive a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar.

Creo que la evaluación de estos supuestos - por ambas partes - en el contexto particular de un contrato administrativo, será relevante e implicará - en el caso concreto- considerar y ponderar las razonables expectativas y la confianza legítima que cada una



de las partes depositó en la otra, y que se deben recíprocamente, sobre un cumplimiento contractual normal, conforme a la finalidad perseguida en la contratación.

2.5. Otro principio a aplicar en el contrato administrativo, es claridad en los parámetros interpretativos a utilizar respecto a la normativa legal y reglamentaria contractual aplicable, en caso de controversias durante las etapas de selección, y/o ejecución, y/o terminación del contrato.

Dichos parámetros no pueden quedar sujetos a la discrecionalidad del criterio del funcionario; no pueden ser ajenos o independientes de los que brinda la legislación de fondo para interpretar el Derecho, las normas jurídicas.

Exhortamos entonces su concreta aplicación, pues advertimos en muchas ocasiones una pretensión pública de independizar el Derecho Administrativo del resto del ordenamiento, en tanto se trate de interpretación jurídica contractual, desde aquella perspectiva que he referido al comienzo de la exposición, potenciadora de las “prerrogativas exorbitantes” del sector público en ese marco.

El Código Civil y Comercial en Argentina, en sus Arts. 1066, 1068 y concordantes impone, en primer lugar, acudir al significado de las palabras; y si ello no fuere suficiente, a la finalidad de la ley, a leyes análogas.

En materia contractual, específicamente, nos brinda pautas aplicables de modo directo a los contratos públicos: acudir a la conducta de las partes, incluso las posteriores a la celebración; a las prácticas; a la interpretación o el sentido que produzca un ajuste equitativo de los intereses de las partes (y ello permitirá armonizar los intereses públicos y privados en juego); a la interpretación que atienda a la conservación del contrato, es decir, utilizando la que más se adecúe a su objeto. Todo ello sin ejercicio abusivo de derechos por ninguna de las partes.

2.6. Hay tópicos que regulados en los contratos de participación público-privado (En Argentina, Ley Nro. 27328 y decreto nro.118/17), pueden aplicarse a la modalidad contractual tradicional para realizar obras públicas, concesión de obras y de servicios público, más aún cuando dichos contratos de PPP constituyen modos alternativos de ejecución de contratos previstos en el Decreto Nro. 1023/01 (régimen de la contratación pública nacional).

Sobre todo, en torno a la evaluación de riesgos, su asunción, los paneles técnicos independientes para examinar problemas que surjan durante la ejecución (en contratos de gran complejidad).

2.7. El uso de la tecnología *Building Information Modeling* (BIM) y las más actualizadas al respecto, resultará también de gran relevancia en su aplicación al contrato



público, en torno al diseño construcción, gestión y explotación de proyectos de construcción, pues permite plasmar ese principio de participación, mediante la interacción y comunicación entre todos los actores del proceso constructivo, mensurando los riesgos, recreando el proyecto interactivamente, detectando interferencias en tiempo real.

La tecnología referida permite visualizar cambios paramétricos y realizar evaluaciones globales, trabajando siempre en formato visual 3D.

Se utiliza en Inglaterra desde 2016 en contratos de obra pública; en España existen objetivos para su uso en el año 2018 (en equipamientos e infraestructura pública superior a 2 millones de euros) y para el año 2020 en todas las fases, incluida la de mantenimiento.

2.8. La sostenibilidad en la contratación es otro de los tópicos actuales y con mayor relevancia en el futuro contrato administrativo.

Existen normas y manuales sobre compras sustentables en la mayoría de los países, y en el mes de abril de 2017, han sido publicadas las Normas ISO 20400.

Estas normas han sido diseñadas para su aplicación a organizaciones de cualquier tamaño y sector, ya sean públicas o privadas, y contienen recomendaciones para incorporar la sustentabilidad en sus compras, de manera eficaz, pragmática, consistente y eficiente.

Se aborda el concepto de “compras sustentables” como política pública y en su dimensión estratégica, señalando los beneficios sociales, ambientales y económicas que a largo plazo producen. Se desarrolla de ese modo una cadena de provisión competitiva y sostenible, incrementando la competitividad del mercado respecto a bienes o servicios con mayor sustentabilidad.

2.9. Finalmente, el control de los resultados obtenidos en la contratación constituye, también, uno de los desafíos futuros del contrato; esto es, si el servicio, la obra han logrado los objetivos y metas propuestos; si los plazos irrogados para su realización han sido compatibles con las expectativas de la sociedad; si la calidad de los servicios prestados responde a dichas expectativas. Ello requiere necesariamente monitores de desenvolvimiento, de evolución y de rendimiento, cuyos estándares evaluativos deben formar parte ínsita, a mi criterio, y con la debida publicidad, de cada proyecto, política o emprendimiento de infraestructura o servicios públicos que tiendan al desarrollo económico y social, pues ése será el único modo de habilitar el control y la autoevaluación realizados por la propia Administración; y además el control social.

En la nueva Directiva Nro. 24/2014, hay un punto importante relacionado con los Costes del Ciclo de Vida del contrato, concepto que está asociado con un indicador de eficacia o de rentabilidad, es decir, la relación entre los ingresos que produciría y el coste



de la inversión. Se individualizan gastos o inversiones de la Administración Pública que se originan en distintas etapas del contrato, tales como costes de la adquisición, incluido el diseño; costes de operar la inversión; costes de mantenimiento; costes de final de vida (reciclado, eliminación); etc. Y ello coadyuva a la previsibilidad y predictibilidad de la que ya hemos hablado, debiendo contemplar los Pliegos los métodos de cálculo y la asignación de tales costes, así como aquéllos que no son asignables al contrato.

2.10. Por último, hay algunas figuras que considero interesantes en la Directiva Nro. 24/2014 de la Unión Europea para contratación pública, y para el contrato administrativo a futuro:

2.10.1. La excepcionalidad del procedimiento de licitación con negociación:

Procedimiento éste que es similar al que regula el derecho norteamericano federal para procuras públicas; y que exige que en los Pliegos se prevea la posibilidad de negociar cuando las necesidades públicas requieran soluciones innovadoras; o cuando las negociaciones previas resultan necesarias por la naturaleza o complejidad de la contratación; o cuando las especificaciones técnicas no puedan determinarse con suficiente precisión, entre otros supuestos taxativos que la Directiva contiene.

En Estados Unidos de Norteamérica, también se habilita este procedimiento de negociación cuando no se haya logrado en la licitación un nivel adecuado de competencia.

2.10.2. El diálogo competitivo se mantiene; sobre todo cuando el poder adjudicador no puede definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades, o para evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que el mercado pueda ofrecer.

En la República Argentina, el diálogo competitivo sólo está incorporado en la Ley de Contratos de Participación público-privada, y ha sido tomado del derecho comparado.

La Directiva Europea Nro. 24/2014 establece los lineamientos generales del procedimiento a llevarse a cabo que consiste en una invitación a presentar solicitudes de participación, y a partir de aquellos que resulten preseleccionados comienza un debate sobre aspectos de la contratación hasta encontrar la solución -oferta final- mejor calidad-precio para responder a las necesidades públicas.

2.10.3. Creo también interesante la figura de la Asociación para la Innovación, que se utiliza cuando el objeto del contrato necesita para su concreción, productos, servicios u obras que no están disponibles en el mercado.

Esta asociación se puede crear con uno o varios socios que efectúen por separado actividades de investigación y desarrollo.



La asociación desarrollará los productos, servicios u obras innovadoras, y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes, siempre que correspondan a los niveles de rendimiento y costes máximos acordados entre los poderes adjudicadores y los participantes.

Pueden existir diversas fases de cumplimiento de objetivos, cuya duración y valor reflejarán el grado de innovación de la solución propuesta, y la secuencia de las actividades de investigación y desarrollo necesarias para obtener la solución.

2.10.4. Hay novedades que no existen aún en Argentina, y que me parecen importantes a futuro, relacionadas con las etiquetas como forma de acreditar que el licitador cumple características específicas de tipo medioambiental, social u otros para ejecutar contratos que requieren específicamente tales condiciones (ya sea que se encuentren previstas en los Pliegos de convocatoria, o como criterio de adjudicación o en la ejecución). Actualmente, en la provincia de Santa Fe, la reciente reglamentación de la ley de compra provincial postula que en los Pliegos de Bases y Condiciones incorporen cláusulas que permitan verificar cumplimientos medioambientales por lo oferentes.

2.10.5. Se alienta la participación de las pymes en los contratos públicos, y la Directiva introduce la división de los contratos en lotes, similar al fraccionamiento de la contratación del derecho argentino.

2.10.6. Existen criterios de adjudicación de contratos que ponen el acento en la responsabilidad social, medio ambiental, empresaria, laboral de los oferentes, como parámetros objetivizados a tener en cuenta al momento de decidir.

2.10.7. Un tema interesante que se ha incorporado con reformas en la Directiva Europea de Contratación Pública es el atinente a la modificación de los contratos durante su vigencia.

Los contratos y acuerdos marco podrán ser modificados sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación en los supuestos que a modo ejemplificativo, se consignan seguidamente:

(i) cuando las modificaciones estuviesen previstas en los Pliegos de la contratación, en cláusulas claras de revisión, precisas e inequívocas; pero por supuesto, sin alteración de la naturaleza global del contrato;

(ii) si se trata de obras o suministros adicionales a cargo del contratista original, que sean necesarios, y que no estén incluidos en el contrato original, y siempre que el cambio de contratista no sea factible por razones económicas o técnicas, o que genere un aumento sustancial de costos. El incremento de cada modificación no puede superar



el 50% del valor del contrato original. En la República Argentina, ese porcentaje es del 20%;

(iii) cuando la modificación no se hubiere podido prever por un poder adjudicador diligente; no altere la naturaleza global del contrato; y el incremento del precio no exceda el 50% del valor del contrato o acuerdo marco;

(iv) cuando las modificaciones no fueren sustanciales.

Asimismo, se tipifica una modificación contractual como “sustancial”, cuando se introduzcan condiciones que de haber figurado en el procedimiento originario, habrían permitido seleccionar oferentes distintos a los seleccionados; o cuando la modificación altera el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista, de modo no previsto en el origen; o cuando el contratista originario ceda el contrato. En estos supuestos se requiere la realización de un nuevo procedimiento de contratación.

En la República Argentina, la cesión del contrato debe estar autorizada, y el cesionario debe reunir idénticas condiciones a las que tenía el cedente al momento de la contratación originaria, debiendo prestar iguales garantías. En caso de cesión, el cedente no queda liberado de responsabilidad hasta la extinción del contrato.

2.10.8. Se aspira a que los medios electrónicos se conviertan en el método estándar de comunicación e intercambio de información, a través de la simplificación de los procedimientos, permitiendo un incremento de eficiencia, transparencia y concurrencia.

Será obligatorio para los Estados garantizar que todas las comunicaciones e intercambios se lleven a cabo por medios de comunicación electrónica, salvo excepciones que enumera el art. 40 de la Directiva. Asimismo se dispone que los Estados podrán hacer obligatorio el uso de catálogos electrónicos en relación a determinados tipos de contratación, de forma que las entidades adjudicadoras puedan exigir que las ofertas se presenten en forma de catálogos o los incluyan.

En conclusión, y a modo de síntesis, entonces, algunos aportes del derecho comparado así como el análisis de institutos y/o aspectos que son relevantes en la contratación pública, nos permiten delinear -para los contratos administrativos- principios específicos que complementan los que hacen a la esencia de la buena administración en general, y los que se han señalado como inherentes a la contratación pública global.

Yo diría en tal sentido:

- a) Visualizar instrumentos concretos y practicables, en cada fase del procedimiento de contratación, para detectar, solucionar y sancionar la corrupción en los contratos administrativos.
- b) Predictibilidad y mayor previsibilidad para ambas partes durante la ejecución.
- c) Colaboración efectiva entre las partes.
- d) Consenso activo en tópicos sustanciales, y entendimientos compartidos de buena fe.



- e) Garantía de tutela administrativa efectiva en el ámbito contractual.
- f) Claridad y objetividad en los parámetros de interpretación jurídico contractual.
- g) Interacción y comunicación entre todos los actores del proceso constructivo.
- h) Sostenibilidad de la contratación ambiental, social, laboral.
- i) Control y evaluación de los resultados obtenidos en la contratación, monitoreo de desenvolvimiento y auditoría de sus costos.

De este modo, se podrá visualizar el contrato a futuro desde las dos fases del contrato:

- A) En la faz interna (entre contratista/proveedor y comitente), para lograr en una interacción justa y equitativa, la buena marcha del contrato y la razonable composición de los intereses públicos y privados involucrados.
- B) En la faz externa (de cara a la sociedad), habiendo cumplido el contrato su objeto y finalidad, para la satisfacción de las necesidades sociales y económicas de aquélla.