



ESTUDIO DE CASO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL

TEMAS CRÍTICOS EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIONES

CAT. OPP/CAG/2008-18

NOVIEMBRE DE 2008

CONTRATACIONES DEL ESTADO NACIONAL
TEMAS CRÍTICOS EN LOS
PROCESOS DE CONTRATACIONES

Equipo

AG Rafael MINSKY (Coordinador)

AG Miguel FREIXA

AG Cristina OLID

AG Jorge DEAMBROSSI

AG María Nilda VALLINA

Este documento fue producido por integrantes del Área Temática “Contrataciones del Estado Nacional” del Observatorio de Políticas Públicas del Cuerpo de Administradores Gubernamentales de la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros, en el mes de noviembre del año 2008.

El Observatorio de Políticas Públicas del Cuerpo de Administradores Gubernamentales inició sus actividades en el año 2002 en jurisdicción de la Coordinación General del C.A.G., sus documentos son publicados en el sitio oficial de la Secretaría de Gabinete y Gestión Pública de la Jefatura de Gabinete de Ministros.

Sitio Oficial: <http://www.sgp.gov.ar/contenidos/ag/paginas/opp/opp.html>

*AG Lic. V. Daniel Piemonte
Coordinador General del
Cuerpo de Administradores Gubernamentales*

*AG Ing. Guillermo J. Alabés
Coordinador Ejecutivo del
Observatorio de Políticas Públicas*

CONTENIDOS

- **RESUMEN EJECUTIVO.....P. 4**
- **1. LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMALIDADES DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES P. 5**
- **2. RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS – NEGOCIACIÓN DE PRECIOS P. 14**
- **3. REALIDAD O FANTASÍA DEL PODER DE COMPRA DEL ESTADO P. 35**
- **4. COMPRAS Y CONTRATACIONES DEL SECTOR SALUD
EXPERIENCIA EN EL INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES
PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS P. 53**
- **BIBLIOGRAFÍA P. 78**
- **ANEXO: AUDITORÍA GENERAL DE LA NACION. INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS. SERVICIO DE PROVISION DE PROTESIS Y ORTESIS. PERIODO 12/03/97 AL 28/12/01**

RESUMEN EJECUTIVO

El grupo de trabajo Contrataciones del Estado Nacional para el OPP7 2007 estuvo centrado en el análisis de la evolución de la legislación que rige en la materia a nivel nacional y provincial. En el ciclo 2008 el grupo inició el tratamiento de algunos temas críticos que inciden en los procesos de contratación, a través de planteos teóricos y la exposición de casos concretos. En ellos se exponen las fortalezas y debilidades del sector público para su abordaje, mediante criterios no siempre contemplados en las normas.

Comienza este documento final considerando la importancia del cumplimiento de los procedimientos y exigencias formales de las contrataciones, en particular la observación de los principios de publicidad y transparencia que deben acompañar toda acción del sector público y de igualdad y libre concurrencia para quienes deseen contratar con el Estado; procedimientos que no deben tomarse desde la óptica burocrática sino como garantía de los derechos establecidos por tratados internacionales y la Constitución Nacional.

A continuación se enfoca el poder de compra del Estado, que se genera como gran consumidor de bienes y servicios provistos por el mercado. Ese poder se puede ejercer tanto para aplicar políticas de promoción y distribución, como en la segmentación de las adquisiciones hacia el mercado nacional, y en la relación frente a los cocontratantes, estableciendo competencia y fijando condiciones. Se plantea el interrogante de si ese poder es real o una fantasía, ante el desafío que realiza el mercado proveedor cuando está en condiciones de perturbar los procedimientos. Se agregan casos concretos donde se contuvo esa presión mediante la aplicación de criterios singulares.

Uno de los temas preocupantes en la administración es la posibilidad de renegociar contratos de ejecución continua, que se pactan por provisión de bienes o servicios durante períodos prolongados, durante los cuales se pudieron haber modificado las condiciones iniciales, en particular las económicas. Desde principios de los '90 se han establecido normas rígidas en cuanto a la intangibilidad de las condiciones pactadas, no obstante en este siglo han sucedido acontecimientos que obligan a su replanteo o la interpretación por los hechos consumados. En este documento se hace un análisis de los derechos que asisten a las partes, teniendo en cuenta la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera.

Culminamos con un caso particular representado por el sector salud, particularmente en todo aquello que hace a la compra y contratación de bienes y servicios destinados a la atención médico-sanitaria. A través de una experiencia de gestión surgen en forma explícita o tácita los distintos factores que inciden perjudicialmente en los procesos de contratación, las formas elegidas para su abordaje y el funcionamiento de los mercados de oferta.

1. LOS PROCEDIMIENTOS Y FORMALIDADES DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU RELACIÓN CON DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Aclaración previa: como puede observarse por el título este documento no se refiere estrictamente a los procedimientos y formalidades de manera descriptiva sino como expresión derivada de las normas de carácter constitucional y legal que las fundamentan.

Generalmente se enfoca el tema de los procedimientos y requisitos formales de las contrataciones públicas desde una óptica de tipo procesalista o inclusive mecanicista, haciendo una exégesis de las normas aplicables y confiriéndoles a priori una carácter de autosuficiencia del cual carecen.

Bajo esta aproximación subyace una tendencia bastante común en muchos integrantes de la administración pública en sentido amplio y, también en muchos administrados, de creer que los procedimientos reglados y determinadas exigencias formales son tan sólo otro ejemplo de la morosidad e ineficiencia del accionar estatal.

Se considera, pues, que procedimientos y requisitos formales son meros obstáculos burocráticos inherentes a la estolidez del aparato estatal y sólo ante la aparición del contencioso entre el administrado y la administración se comienza a visualizar la relación entre los procedimientos y formalidades y los derechos y garantías fundamentales de los administrados.

Puede decirse genéricamente que el nexo principal entre el bloque de constitucionalidad y los procedimientos y requerimientos formales es la plena vigencia de los principios de publicidad, de transparencia, de igualdad, de concurrencia y de razonabilidad en las contrataciones públicas que son reconocidos unánimemente tanto por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, como por la normativa vigente, según veremos.

Estos principios a nuestro juicio presentan una clara raigambre constitucional, tomando como ejemplo el **principio de publicidad** de los actos de gobierno que constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano.

En este sentido existe una identidad total entre, por una parte, el principio general de la constitución que surge de la forma de gobierno adoptada en el art. 1º de la CN y se encontraría, como derecho de acceso a la información entre lo derechos implícitos en el art. 33 de la CN, así como está explicitado en los arts. 41 y 42 en lo que derecho a un ambiente sano y derechos de los consumidores concierne y, por la otra, el principio de publicidad que rige en las contrataciones públicas ya que el mismo es o debería ser propio de toda la actuación estatal.

Ello es así porque la publicidad de los actos de gobierno es una exigencia derivada de la forma representativa, republicana de gobierno adoptada por la Constitución en su artículo primero.

Pero no se limita a la propia CN el anclaje constitucional del principio de publicidad en las contrataciones, también corresponde señalar que también la Ley N° 24.759 que aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción firmada en la tercera sesión plenaria de la Organización de los Estados Americanos integra en primer plano este bloque de constitucionalidad.

Este Tratado Internacional y la ley aprobatoria sancionada en diciembre de 1996 en su artículo III establece que los Estados Partes se obligan a aplicar medidas preventivas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer "... Sistemas ... para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas".

Me anticipo un poco pero quiero resaltar que en esta norma que, por aplicación del art. 75, inciso 22 de la CN adquiere jerarquía constitucional y se integra al bloque de constitucionalidad, ya aparecen formulados en tres términos los cinco principios básicos que rigen en las contrataciones públicas: publicidad y transparencia, como publicidad; igualdad y concurrencia dentro de equidad y el principio de razonabilidad bien puede ser subsumido dentro del término un tanto vago y abarcativo de eficiencia.

También cabe mencionar que como consecuencia lógica y necesaria de la ratificación de la Convención Interamericana contra la Corrupción se sancionó la ley N° 25.188 que en el capítulo dedicado a Deberes y Pautas de Comportamiento Ético de los funcionarios, en el art. 2° inciso h) dispone observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

Es decir existe una norma específica que como factor subjetivo de atribución de responsabilidad pone en cabeza de los funcionarios la obligación de respetar estos principios y el incumplimiento de ella conllevaría las sanciones de orden disciplinario administrativo y penal que correspondan.

Entonces, la aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción implicó la asunción de ciertas obligaciones indelegables por parte del Estado como sujeto de derecho y la Ley N° 25.188 trasladó parte de estas obligaciones a la esfera de responsabilidad personal de los funcionarios.

Así, el marco general de la CN y la Ley 24.759 es el límite que desde lo constitucional debe ser respetado por las distintas jurisdicciones ya que los gobiernos nacional, provinciales y el de la Ciudad Autónoma no tienen otros condicionantes al fijarse su régimen de contrataciones que este bloque de constitucionalidad y aquellos determinados por los artículos 5º a 12 de la Constitución Nacional.

Se trata, así pues, de cuestiones de orden administrativo interno de cada jurisdicción que difícilmente han de colisionar con las normas constitucionales.

Sin embargo el primer examen de los diversos regímenes de contrataciones que se han dado las provincias argentinas denota claramente que de acuerdo a la fecha de su sanción se ha replicado mayormente el diseño normativo del viejo Decreto Nº 5720/72 o del más reciente régimen establecido en el Decreto Nº 436/2000, es decir que se han adoptado con algunos cambios y peculiaridades el régimen que el gobierno federal se dio a sí mismo.

Generalmente los regímenes de contrataciones o al menos sus grandes principios se encuentran más o menos determinados por una ley provincial de administración financiera y contable. Ahora bien, estas leyes tampoco se han apartado tradicionalmente de los lineamientos generales trazados en el ya mencionado Decreto Nº 5720/72 y actualmente en la Ley Nº 24.156.

A grandes rasgos se puede señalar que exista cierta identidad entre los diversos regímenes de contrataciones y coincidencias básicas en casi todos los aspectos de la regulación. Los puntos que presentan mayores diferencias son por ejemplo que algunos incluyen escalas de autorizaciones y aprobaciones de acuerdo al monto de la contratación y otros no o la mayor flexibilidad en plazos y formas de comunicación que muchas veces responden a cuestiones históricas, a la época de sanción de la norma que establece el régimen o características propias de la jurisdicción, mayormente geográficas.

El tema que presenta mayores discrepancias es la posibilidad de efectuar impugnaciones al proceso de contratación yendo desde aquellos sumamente restrictivos que sólo admiten explícita o implícitamente la impugnación de la adjudicación hasta aquellos que permiten inclusive que cualquier interesado pueda impugnar los pliegos (Ciudad de Bs. As. y Río Negro), pasando por la mayoría que centran la etapa impugnatoria en el acto de apertura de las ofertas y en la preadjudicación y adjudicación de la contratación.

1.1. Los Principios de Publicidad y de Transparencia.

Entendemos que ambos principios están sumamente relacionados e inclusive pueden ser considerados uno solo.

Como todo acto de gobierno la contratación debe ser pública, sólo por razones excepcionales de defensa, seguridad o de aspectos neurálgicos de política económica, el quehacer de la administración pasaría a ser secreto, pero aún en estos casos debe mediar una justificación suficiente, sin que baste la mera invocación de la "defensa" o la "seguridad" para eximir a la Administración del escrutinio de la opinión pública y la concurrencia.

Toda la administración es pública, y en el proceso de adjudicación lo que es genéricamente público, como actividad administrativa, adquiere la especificidad de ser público para quienes participan de la concurrencia.

De este modo se distinguen tres manifestaciones de la publicidad: 1º) la inherente a cualquier clase de actividad de la administración pública; 2º) la publicidad como medio para requerir propuestas; y 3º) el carácter público específico del proceso de selección, que asegura el conocimiento de todas las actuaciones por parte de los oferentes y de la conducta de éstos entre todos los participantes.

No se concibe un proceso de selección sin control público, sin publicidad, mantenido en secreto para quienes presentaron ofertas o sin conocimiento de lo que hace el competidor.

A los fines expuestos en el Artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los Estados Partes convinieron en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas (art. 3 inc 5).

Al respecto se ha considerado que a partir de la sanción del referido marco legal (según palabras de Agustín Gorodillo) "no parece que pueda de ahora en más encararse válida o legalmente, sin incurrir en responsabilidad personal e institucional, una contratación de gran significación sin el cumplimiento de tales recaudos previos".

Pero debe tenerse en cuenta que la publicidad no puede llegar al grado de permitir a los oferentes inmiscuirse en el procedimiento de evaluación de las ofertas, pues éste es un trámite interno de la Administración y todo lo obrado durante este proceso consiste en actos preparatorios que no pueden ser impugnados en sí mismo y sólo podrán ser cuestionados en oportunidad de discutirse la preadjudicación, pero sí implica el derecho a conocer las ofertas de los demás oferentes de modo de poder impugnar con fundamentos la preadjudicación cuando correspondiere.

Entonces es sumamente discutible el derecho de los oferentes a tomar vista de los dictámenes producidos por los organismos técnicos que evalúan las ofertas antes de

haberse resuelto éstas, aunque alguna doctrina (Mairal) considera que esta posibilidad, a la cual muchos funcionarios se oponen celosamente, en rigor de verdad no acarrearía tantos perjuicios a la Administración.

Sin embargo consideramos que no es prudente permitir vista de expedientes de contrataciones en esta etapa ya que existe una muy delgada franja que separa lo que es el genuino proceso de acceso a la información y ciertos mecanismos de presión o coerción sobre los evaluadores. Nos parece que la carencia de publicidad, como indisponibilidad del expediente entre la apertura de las propuestas y la decisión final no infringe el principio de publicidad.

En este sentido el Decreto N° 436/2000 establece una pauta sumamente juiciosa ya que prevé un plazo de cinco días luego de la apertura para que todos los oferentes examinen las ofertas (art. 73), pero de allí en más y durante lo que se denomina la etapa de evaluación de las ofertas (art. 62) se suspende la posibilidad de permanente compulsa del expediente.

Las contrataciones públicas en general, entonces, se caracterizan fundamentalmente por la publicidad y el trato igualitario, ya que el acceso de las partes al expediente favorece decididamente la observancia de la legalidad y transparencia del procedimiento mediante el control que, como colaboradores del buen funcionamiento de la Administración ellos asumen.

Ahora bien, el principio de publicidad instrumentado como acceso al expediente en las normas de contrataciones aparece siempre referido a los participantes del procedimiento de contratación o a quienes tienen un interés en él.

Aparentemente las personas ajenas a la contratación o que no pudieran o no desearan alegar algún interés no podrían acceder al mismo o por lo menos las normas de contratación no se refieren a ellas, sin embargo el principio de publicidad también tiene una amplia consagración legal que prevé el acceso de cualquier persona al expediente.

Ante todo tenemos la norma genérica de publicidad consagrada en la **Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549** que se vé sensiblemente reforzada por la **Ley 25.152** que en su **artículo 8º** establece que la documentación de carácter físico y financiero producida en el ámbito de la Administración Nacional y que se detalla a continuación, tendrá el carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla:

b) Ordenes de compra, todo tipo de contratos firmados por autoridad competente, así como las rendiciones de fondos anticipados;

l) Toda la información necesaria para que pueda realizarse el control comunitario de los gastos sociales a los que se refiere el artículo 5º, inciso b), de la presente ley. La información precedente será puesta a disposición de los interesados por el señor Jefe de Gabinete de Ministros;

m) Toda otra información relevante necesaria para que pueda ser controlado el cumplimiento de las normas del sistema nacional de administración financiera y las establecidas por la presente ley.

Finalmente y al margen de la fuerza que estas leyes poseen el Estado Nacional a través del Decreto Nº 1172/2003 ha introducido una pauta de acceso público a la información que en la práctica reconoce escasísimas excepciones y es sumamente amplio, restaría por analizar en función de las exclusiones previstas en el Anexo VII, art. 16 inciso c), referidas a los secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos, si pueden exceptuarse del deber de informar algunos aspectos técnicos de las ofertas. Aparentemente los expresos términos del art. 8º del Anexo VII que dice que “Se presume pública toda información producida u obtenida por o para los sujetos mencionados en el artículo 2º” impide ampararse en esta ambigua excepción para no informar.

En el mismo sentido una decena de provincias han dictado normas de acceso a la información siguiendo muchas de ellas el modelo impuesto por la Ley Nº 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ha sido la precursora en la materia, si bien algunas provincias limitaron el principio de gratuidad contenido en ella y en el decreto nacional.

Finalmente cabe considerar que bajo este conjunto normativo que analizamos previamente deviene abstracta la cuestión de si limita el principio de publicidad y transparencia que el precio de los pliegos de bases y condiciones particulares resulten demasiado onerosos ya que nada impide en tal caso que cualquier persona exija obtener las copias del expediente (incluyendo el pliego) a su costa o que tome vista del mismo sin reproducirlo.

Puede decirse como conclusión que la vigencia de los principios de publicidad y transparencia en los diversos ordenamientos administrativos está razonablemente protegida y prueba de ello es la escasa promoción de acciones judiciales invocando su vulneración y la virtual inexistencia de jurisprudencia reciente condenando al Estado por infracción a los mismos.

1.2. Los Principios de Igualdad y Concurrencia.

También ambos principios guardan estrecha relación entre sí e inclusive hay quienes sostienen que se pueden integrar en un único principio de libre y equitativa concurrencia.

Es clara la relación entre el principio de igualdad ante la ley consagrado en el art. 16 de la CN y el principio de igualdad entre los concurrentes en un procedimiento de contratación pública.

También es clara la integración del bloque de constitucionalidad con la expresa mención a la equidad receptada en el art. 2º h) del Convenio aprobado por la Ley Nº 24.759.

Pero es mucho más arduo discernir cuando se infringen estos principios y quizás la única aproximación válida o positiva que podemos efectuar sea la de recopilar antecedentes jurisprudenciales y administrativos que señalen o eviten su infracción.

Genéricamente se puede señalar que en esta casuística tan específica la consideración del principio de igualdad y el de concurrencia serán analizados en conjunto con el principio de razonabilidad ya que resulta evidente que en muchas ocasiones la concurrencia se verá limitada por imposiciones del propio objeto contractual.

El análisis casuístico aún con sus limitaciones ha de conducir por lo menos a tener algunas referencias ciertas en un terreno altamente controvertido y que puede conducir a la administración a una virtual inacción.

Así vemos que en algún caso para la satisfacción de determinado servicio se requiere una experiencia previa pudiendo la administración fijar ciertos parámetros objetivos que si resultan razonables no ha de considerarse que infringen el principio de concurrencia o el de igualdad.

Así por ejemplo fue suspendida judicialmente una licitación en la que la Administración requería que los oferentes acreditaran haber prestado servicios en ciudades de más de dos millones y medio de habitantes, existiendo por otra parte una norma superior que obligaba a que los oferentes fueran empresas mayoritariamente nacionales, con lo cual en la práctica la posibilidad de concurrencia quedó limitada a la empresa que estaba prestando el servicio en ese momento en la Ciudad de Buenos Aires. Esto a todas luces no era razonable.

Suspendida la licitación por orden judicial, la administración rehace el pliego y requiere que los oferentes presten servicios a dos millones setecientos mil habitantes sin determinar una población mínima por núcleo urbano. Si bien esta nueva formulación del pliego también permitía abrigar dudas sobre el acatamiento de los principios de igualdad y de libertad de concurrencia, la nueva medida cautelar pedida por la misma empresa, que seguía sin poder participar, fue rechazada por la justicia en dos instancias, la nueva pauta para la justicia fue razonable y no infringía el principio de igualdad y el de concurrencia.

También dentro de la esfera del principio de igualdad y del principio de concurrencia se suele simplificar la cuestión analizando la igualdad sólo entre los oferentes soslayándose que estos principios deben regir no sólo entre quienes participan en la contratación sino también entre los oferentes y aquellas personas que no llegan siquiera a presentar ofertas o aparentemente no pensaban presentarlas.

Así en el caso “ALVAREZ, Sergio Martin c/ G.C.B.A. s/ amparo” que giraba sobre la licitación de un servicio el actor entendía que las aclaraciones con relación al pliego dispuesta por el licitante y comunicada a través de circulares luego de efectuada la venta del mismo, constituían modificaciones violatorias de los principios de concurrencia e igualdad licitatoria, que nulificaba el procedimiento, frente a aquellos interesados que no adquirieron los pliegos en función de estimar inconvenientes algunas de sus condiciones contractuales que luego se variaron.

Al respecto, se ha señalado que, toda medida de la Administración en beneficio de un oferente que al mismo tiempo no favorezca a los restantes atentará contra la igualdad, pero no la afectarán las aclaraciones que a pedido del adjudicatario realice el órgano interviniente, siempre que no vayan en desmedro de los otros oferentes y se les comuniquen debidamente.

Esto hace referencia a la situación de los oferentes, pero son igualmente aplicables respecto de quienes, aún sin serlo, poseen legitimación en razón de su derecho a la participación del procedimiento de selección convocado.

Específicamente se ha indicado que la posibilidad impugnatoria corresponde no solo a los oferentes, sino también a quienes aun sin haber formulado ofertas o adquirido los pliegos, puedan demostrar su derecho a participar en el procedimiento de selección convocado por la Administración.

Ese derecho, se configura cuando el particular, en razón de sus antecedentes empresariales, económicos, financieros, científicos, técnicos, intelectuales, profesionales o de otra índole equivalente, está en condiciones objetivas de formular una oferta admisible y cuando las aclaraciones sean de tal magnitud que en realidad impliquen una verdadera modificación relevante del pliego, llegan a configurar una modificación de este último.

Otro supuesto interesante y debatible es el que se presenta cuando una de las ofertas contiene prestaciones adicionales no exigidas en el pliego como ‘bonus’.

La solución más simple parecería ser la de adjudicar a la oferta más conveniente, entendiendo como tal la que presenta la mejor ecuación teniendo en cuenta calidad, precio, idoneidad del oferente, garantías y las demás condiciones de la oferta.

Sin embargo los oferentes no adjudicados podrían alegar que se ha introducido un factor adicional no exigido originalmente y que vulnera el principio de igualdad.

Quizás una solución de compromiso en un caso así planteado sería la de requerir a todos los oferentes una mejora de sus ofertas que incorporara la prestación 'extra' del oferente en cuestión y a partir de las mejoras realizar una nueva evaluación.

Otros casos de infracción al principio de igualdad se producen cuando el objeto de la contratación presenta un alto grado de indeterminación que afecta la posibilidad de hacer una oferta económicamente seria. Podrá decirse que en realidad esa indeterminación pesa igualitariamente sobre todos los oferentes, pero en realidad lo que resulta inadmisibles es que, al menos potencialmente, alguno de los oferentes posea mayor información y a través de la indeterminación del objeto lo que se busque sea limitar la concurrencia de los demás.

En un caso de La Plata del año 2005, Good Times S.A., esta empresa impugnó exitosamente el pliego de bases y condiciones de una licitación para reparar una cantidad determinada de refugios y paradas explotándolos publicitariamente y para levantar 500 cercos de obra y 500 cercos de baldíos, los que debían ser autorizados por los propietarios.

Según la sentencia la indeterminación radicaba en la imposibilidad de saber cuántos de los mil cercos se podrían levantar, sin embargo de la lectura de la causa judicial surge la posibilidad bastante cierta de que la mayoría de los terrenos a cercar fueran propiedad de la misma municipalidad licitante y que la indeterminación, o mejor dicho, el ocultamiento obedeciera a la intención de limitar la concurrencia de oferentes al mínimo.

2. RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS – NEGOCIACIÓN DE PRECIOS

2.1. Introducción

A fin de entender el fenómeno administrativo es necesario tener en cuenta que a la Administración le corresponde gestionar el interés público e invertir para ello los dineros del común. Estas notas diferenciales tienen la relación de la Administración con los particulares o administrados y es recogida por el derecho administrativo encargado de regular dicha relación. Notas diferenciales digo porque en las relaciones entre particulares cada uno defiende intereses que le son propios, que no importan más que a sí mismo o eventualmente al interés de aquel al que se representa si se actúa por medio de mandatarios.

A la Administración le corresponde velar por el interés común de la sociedad al que debe encarnar y por tal motivo, dada la preeminencia del interés común sobre el interés particular, goza de ciertas prerrogativas que la sitúan en una suerte de escalón mas arriba que los particulares que se relacionan con ella. Por tal motivo, no existe una relación de igualdad entre la Administración y los particulares como sucede en el caso de la relación de los particulares entre sí. La defensa del interés común por sobre el interés particular le otorga esa primacía a la Administración que se evidencia en las prerrogativas o facultades que el derecho administrativo le acuerda que de darse entre particulares serían consideradas nulas por afectar esa igualdad que debe existir entre ellos.

Claro está que estas prerrogativas de las que goza la Administración encuentra sus límites en las garantías que tienen los particulares que le fijan límites precisos al accionar administrativo, muchas de las cuales emanan de la Constitución Nacional.

Decíamos antes que esta nota caracteriza al derecho administrativo y por ende también a los contratos que la Administración celebra con los particulares en la dinámica de la gestión del interés público. A través de los contratos administrativos los particulares colaboran con la Administración en la consecución del interés general y dentro de ciertos parámetros quedan expuestos a cláusulas que van mas allá de los límites que serían válidos en el marco del derecho común a las que se da en llamar cláusulas exorbitantes del derecho común por comparación con éste.

El hecho que se inviertan dineros públicos también tiene su significación. En primer lugar, el Estado debe asegurar la posibilidad de que toda persona integrante de la sociedad que esté en condiciones de brindar lo requerido por él tenga la posibilidad de presentarse a ofrecerlo,

lo que se materializa a través de los principios de la publicidad de los procedimientos de selección y el de mantener la igualdad entre los oferentes. Este principio de igualdad aún debe mantenerse después de la celebración del contrato y es el que impide variar las condiciones conforme a las cuales se solicitaron las ofertas y se contrató. De otra manera, si después de elegido el contratante se variaran las condiciones de la contratación, v. gr. concediendo ventajas no previstas en el proceso de selección, se estaría traicionando esa pretendida igualdad en beneficio de elegido.

Estas particularidades tienen incidencia cuando se trata de la renegociación de los contratos o de la renegociación del precio, que no es más que una de las condiciones del contrato, aunque claro está de importancia singular.

2.2. Renegociación de Contratos

Es posible que por imperio de las circunstancias, por haber variado éstas, sea necesario modificar el contrato administrativo tal como fue celebrado para cumplir de mejor manera con la búsqueda o defensa del interés común. Esta posibilidad de modificar el contrato con que cuenta la Administración constituye una facultad o prerrogativa que le es propia, y que según algunos autores, ni siquiera debería estar expresamente prevista en el texto contractual para poder ser aplicada. Es, al decir de Marienhoff, una cláusula exorbitante implícita. No es un derecho de la Administración, es una prerrogativa y por tanto tampoco puede ser renunciada.

Su fundamento, entonces, estriba en permitir a la Administración atender del mejor modo la satisfacción del interés público para no quedar presa de estipulaciones contractuales que resultan inadecuadas para satisfacer las exigencias que plantea la realidad de hoy, aunque originalmente hubieran sido razonables.

Los cambios que la Administración puede realizar son variados. Pueden incidir sobre la duración del contrato, extendiendo o acortando su plazo. Así por ejemplo, puede prorrogar una concesión de servicios públicos por un tiempo prudencial o bien puede acortar su plazo procediendo al “rescate” de la misma en forma anticipada a su vencimiento.

También la modificación puede referirse a la cantidad o extensión del objeto contratado. Por ejemplo, en un contrato de suministro puede incrementarse la provisión de la mercadería originalmente prevista a cargo del contratista o bien en un contrato de concesión de servicios públicos extender la zona de prestación.

Otra modificación que la Administración puede introducir se vincula con la forma en que se ejecuta el contrato imponiéndole al contratista adoptar medios mas modernos. Así se cuenta

que, en Francia, país que contribuyó en sumo grado a la gestación del derecho administrativo, los prestatarios del servicio de alumbrado público que se cumplía mediante faroles a gas fueron obligados a sustituirlos por otros que funcionaran en base a electricidad.

Visto hasta acá las facultades de la Administración parecen omnímodas, pero ello no es así ya que reconoce límites. Las modificaciones que la Administración puede introducir para que sean válidas no deben alterar la sustancia misma del contrato. Es decir los cambios que la Administración puede introducir y el contratista el deber de aceptar, no pueden significar, sea por la alteración de la cantidad, de la extensión, de la forma o del plazo un contrato esencialmente distinto del que se celebró. En todo caso la modificación debe guardar cierta relación de accesoriedad a lo que era el objeto, la cantidad, la forma o modalidad, el plazo, etc., del contrato original. De modo tal que no es posible a la Administración doblar el plazo de ejecución originalmente previsto, o la cantidad contratada, o implicar una forma esencialmente distinta a la modalidad acordada. Por ello se ha dicho con razón que muy posiblemente la modificación introducida al contrato de iluminación que significó la sustitución de la energía empleada era una modificación esencial que hubiera significado la necesidad de llamar a un nuevo contrato, con invitaciones a ofertar, restringiendo por allí el plazo del contrato anterior.

Otro de los límites que se impone a la prerrogativa de modificación por parte de la Administración, es que ésta debe hacerse cargo de los mayores costos que la modificación implique. Esto resulta claramente así desde que por principio nadie, es decir, ningún particular o privado que colabora con la Administración contratando con ella, está obligado a soportar un perjuicio patrimonial en aras del bienestar común. Siempre claro está que ese perjuicio efectivamente exista, porque puede haber casos en que al mantenerse la ecuación económico financiera del contratista tal perjuicio en verdad no ocurre, como sería en el caso de que se extienda por un plazo razonable la prestación del servicio mas allá de lo originalmente acordado sin que varíen las demás circunstancias en cuyo caso el contratista seguirá teniendo los mismos costos de prestación y seguirá percibiendo los mismos beneficios.

Una cuestión que en realidad excede al problema de la modificación de los contratos pero que se encuentra ineludiblemente cercana a ella es que las causas invocadas por la Administración para proceder a la modificación obedezcan a motivos reales. De lo contrario se estaría incurriendo en un vicio con un propósito ajeno al de perseguir el bien común, cual sería el de perjudicar o bien favorecer al contratista. Si se le imponen al contratista obligaciones gravosas se puede estar persiguiendo encubiertamente que el contratista

rescinda el contrato, o bien al revés se puede tratar de favorecerlo extendiéndole, so pretexto de la defensa del interés público, un contrato conveniente con el objeto de favorecerlo. En ambos casos concurriría el vicio de la desviación de poder, vale decir, cuando las causas con las cuales se pretende motivar la medida que se toma no son reales y persiguen un fin encubierto. Tal es la gravedad del vicio que fulmina con la nulidad la medida que se toma, pero a la vez es necesario reconocer que es de muy difícil demostración.

El Decreto Delegado N° 1023/01, que establece el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, dispone en su artículo 12, que la Administración podrá *aumentar* o *disminuir* hasta un veinte por ciento el monto total del contrato, pero siempre en las condiciones y precios pactados, adecuando los plazos respectivos.

También podrá prorrogar los contratos de suministros o prestación de servicios, siempre que se hubiera previsto en los pliegos de bases y condiciones particulares. En tal caso, podrá hacerlo por única vez y hasta por un plazo igual al del contrato si este fuere igual o menor a un año. Si fuere plurianual, no podrá prorrogarse más allá del término de un año.

2.3. Renegociación del Precio.

¿Qué motiva al privado a contratar con la Administración? Una clasificación usual de los contratos administrativos sabe distinguir a los contratos de colaboración de los contratos de atribución.

El contrato de colaboración se distingue del de atribución en que la prestación principal está a cargo del contratista, sea la prestación de un servicio público, la provisión de elementos, la construcción de una obra. En cambio, en el contrato de atribución, la prestación principal está a cargo del Estado cuando, por ejemplo, se concede el uso del espacio público.

La contraprestación será un precio en dinero que recibirá el contratista de manos del Estado o de los usuarios, en el caso de los contratos de colaboración, y, a su vez, el pago de un canon o precio por parte del contratista al Estado, en el caso de los contratos de atribución.

El precio, entonces, es un elemento esencial en los contratos de colaboración, y mayormente nos referimos a éstos cuando nos referimos en estas líneas a los contratos administrativos.

Es el precio la retribución que tiene derecho a percibir el contratista y es lo que lo motiva a colaborar con el Estado. El precio habrá de contemplar los costos que le insume la prestación al contratista más un suplemento que constituirá su ganancia o beneficio que

podrá fijarse como un porcentaje sobre los costos o también como un porcentaje en relación al capital invertido para hacer posible la prestación.

Sea como fuere, el precio contempla una relación entre el costo del cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista en beneficio de la Administración y los derechos de aquel a obtener una justa compensación por su trabajo. Estos términos marcan una relación de igualdad o de justa compensación, que se da en llamar la “ecuación económico financiera” del contrato. Como lo ha expresado León Blum, miembro del Consejo de Estado francés, y lo han recogido doctrinarios como Marienhoff y Gordillo entre nosotros, debe existir una “equivalencia honesta” entre los derechos y las obligaciones del contratista.

Esta ecuación económico financiera que fija el equilibrio del contrato se establece al momento de contratar, cuando el oferente formula su oferta que aceptada por la Administración da origen al contrato.

Es posible que el equilibrio que trasunta la ecuación económico financiera no se vea alterado a lo largo de la vida del contrato. En el caso que el contrato se agotara por cumplimiento con la entrega de una única prestación por parte del contratista, y siempre y cuando no se alejara demasiado en el tiempo desde que fue concertado, es muy factible que se dé dicha situación.

Pero es posible que la ecuación económico financiera esté expuesta a cambios, sea por circunstancias ajenas o no a la propia Administración. Si la ecuación económico financiera se ve alterada en detrimento del contratista, es posible que éste se encuentre en situación de no poder hacer frente a sus obligaciones, en cuyo caso, además de resultar él mismo perjudicado, también lo estaría la Administración al no poder contar con la prestación prometida.

De allí que el contratista goce del derecho a que se le mantenga la ecuación económico financiera, con lo cual también se beneficia la Administración ya que se asegura la prestación contratada.

Aunque luego será motivo de tratamiento, el mantenimiento de la ecuación económico financiera del contrato no significa que el contratista es puesto a resguardo de cualquier riesgo en cuyo caso siempre tendría una ganancia asegurada. Ello no es así, ya que son los desequilibrios que no eran previsibles al momento de contratar y que afectan con cierta gravedad la equivalencia entre las obligaciones y derechos del contratista los que habilitan a que sea recompuesta la ecuación económico financiera del contrato. Por el contrario, aquellos desequilibrios que son previsibles por ser consustanciales al devenir de las cosas

en el contexto en que el contrato se desenvuelve, deben ser soportados por el contratista como un riesgo inherente a su actividad.

Según lo expone Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo T° III –A, pág. 473, Abeledo Perrot, Buenos Aires), el equilibrio económico financiero del contrato puede sufrir menoscabo por tres circunstancias fundamentales:

- a) Por causas imputables a la Administración, cuando ésta deja de cumplir o cumple defectuosamente con las obligaciones a su cargo, o cuando introduce modificaciones en el contrato, sin que tales modificaciones necesariamente sean abusivas.
- b) Por causas imputables al Estado, que también podría involucrar a la Administración aunque no necesariamente, fuera o no la misma dependencia que contrató, cuando alteran las circunstancias en las que se desenvolvía el contrato.
- c) Por causas ajenas al Estado o a la Administración, cuando se alteran las condiciones económicas que por vía refleja impactan sobre el contrato.

En la hipótesis contenida en a) nos hallamos frente a un supuesto de responsabilidad de la Administración que incumple o modifica el contrato alterando su economía. Un comportamiento ordenado de la Administración llevaría a reconocer los mayores costos que la modificación introducida le signifiquen al contratista o bien proceder a cumplir con sus obligaciones de manera de posibilitarle al contratista hacerse cargo de las suyas.

Si la Administración no se aviniera a enmendar su accionar el contratista sólo podrá lograrlo recurriendo a la vía judicial. Salvo el reconocimiento de los mayores costos por las modificaciones introducidas no estamos ante un caso de renegociación del precio.

El principio que debe operar en el caso es el que indica que toda pérdida o menoscabo que sufra el contratista en aras del interés público debe serle resarcido. La posibilidad de introducir modificaciones al contrato conlleva la obligación por parte de la Administración de solventar los mayores costos que generen, desde que el interés público no puede sostenerse en base al sacrificio de los intereses de quienes contratan con ella.

Cuando es el Estado el que da origen con sus medidas a alteraciones en la economía del contrato, caso del supuesto contemplado en b), estamos en presencia de lo que en doctrina se identifica como el “hecho del príncipe”.

Ya no se trata de una medida tomada por el Estado que se dirige específicamente a modificar el contrato o su ecuación económica. Se trata de medidas que el Estado toma en su acción de gobierno y que por su generalidad inciden por vía refleja en el contrato.

El “hecho del príncipe” consiste en una medida que toma la autoridad pública, que por lo general conlleva una restricción que torna mas gravosa una actividad, aún cuando sirva mejor a los intereses generales. Una actividad libre que pasa a ser regulada por el Estado que impone el cumplimiento de determinados requisitos que encarecen el producto, o el aumento de un derecho de importación que eleva el precio del producto o la prohibición de la utilización o comercialización de un producto determinado que debe ser sustituido por otro que resulta mas caro, son ejemplos de medidas que encuadrarían dentro del “hecho del príncipe”.

Tales medidas son de carácter general, ya que no tienen por finalidad alterar específicamente el contrato ni siquiera se dirigen a él, y son tomadas por otras razones que tienen por fin salvaguardar el interés de la comunidad, aunque tienen un impacto reflejo agravando la situación del contratista al tener que pagar, por ejemplo, un precio mayor por uno de sus insumos.

Como se dijo, la medida puede ser tomada por cualquier dependencia del Estado y no resulta necesario que sea dictada por la misma autoridad que contrató, quien también podría tomarla, sólo que para que sea considerada “hecho del príncipe” no debe tener por propósito modificar el contrato, lo que la convertiría en una medida particular y comprometería directamente la responsabilidad de la Administración. Entonces, debería tratarse de una medida de carácter general que afecta por vía refleja la economía del contrato.

Podría constituir un caso de “hecho del príncipe” una medida adoptada por otro orden gubernamental, v.gr. una medida provincial que afectara a un contrato celebrado con la autoridad nacional. Marienhoff (op. cit. pág. 497) sostiene que para que se constituya el “hecho del príncipe” es necesario que la medida sea tomada dentro de un orden estatal determinado, afectando a los contratos celebrados en esa órbita del gobierno.

Cuál es el fundamento jurídico positivo que sustenta el derecho del contratista a ser resarcido por el “hecho del príncipe”. Para Marienhoff (op. cit. pág. 499) se trata de una responsabilidad extracontractual sin culpa del Estado. Sólo que por principio, ésta y toda lesión patrimonial que el Estado ocasione a un particular por causa de interés público debe serle resarcida, ya que de otro modo, se estaría atentando contra la garantía de la propiedad consagrada por el artículo 17 de la Constitución Nacional. Las demás personas a las que la medida general tomada por el Estado afecta no tienen derecho a ser indemnizadas desde que sólo aquellos que han contratado con el Estado se hallan en la situación diferencial que los afecta. En cuanto a la extensión de la reparación, ésta debe ser integral, vale decir

contemplando todos los perjuicios sufridos por la alteración de la economía del contrato, y ello es así por reconocerse como causa de los perjuicios una conducta del Estado.

El último de los supuestos que habilita la renegociación del precio en los contratos se da cuando circunstancias ajenas a la Administración producen alteraciones económicas que impactan en el equilibrio del contrato. Estos casos que reconocen su origen en el “álea económica”, a diferencia del “hecho del príncipe” que origina en el “álea administrativa”, se agrupan bajo los lineamientos de lo que se dio en llamar la “teoría de la imprevisión”.

Tal teoría sostiene que existen hechos o actos que razonablemente no han podido ser tenidos en cuenta por las partes al contratar, que han sido “imprevisibles” ya que no existían indicios de que podrían ocurrir en el futuro como luego terminaron ocurriendo.

Estos hechos o actos modifican las circunstancias imperantes y alteran la economía del contrato haciendo muy onerosa la prestación de una de las partes. Cabe preguntarse entonces ¿es justo que a consecuencia de hechos imprevisibles sobrevivientes una parte deba soportar en forma exclusiva los quebrantos que le produzca cumplir con su prestación que se ha tornado excesivamente onerosa?

En Francia, a consecuencia de haber sobrevenido la Primera Guerra Mundial, la compañía distribuidora de gas solicitó a la Comuna de Bordeaux, que aumentara la tarifa dado que el carbón que utilizaba para la producción de gas había incrementado su precio a consecuencia de la guerra lo que le hacía imposible seguir suministrando gas a los usuarios a los precios fijados en el contrato.

La Municipalidad se negó a variar la tarifa, lo que motivó la intervención del Consejo de Estado francés. Luego de dos pronunciamientos negativos de las instancias anteriores el Consejo sostuvo que si bien no podía obligar a las autoridades municipales a conceder un aumento de la tarifa, la Municipalidad debía contribuir a solventar los quebrantos de la compañía.

Este es el inicio jurisprudencial de lo que luego se dio en llamar la “teoría de la imprevisión” cuyos contornos fueron precisados por pronunciamientos posteriores. Su nacimiento tuvo lugar en el derecho administrativo y de allí se extendió al derecho común. En nuestro país tuvo consagración legislativa en la reforma del Código Civil del año 1968 en el artículo 1198.

El fundamento de la teoría de la imprevisión sigue siendo el mismo que en el “hecho del príncipe” y es que atento a la equivalencia honesta que debe existir en los contratos administrativos entre las obligaciones y derechos, cuando esa equivalencia se ve alterada por hechos sobrevinientes que razonablemente no pudieron ser previstos y que el

perjudicado no contribuyó a crear, tal desequilibrio debe ser corregido desde que no es justo que el interés público se sustente en el sacrificio de los intereses particulares, o dicho de otra manera, el sacrificio de un interés particular en aras del interés público debe ser resarcido. Luego se verá con qué extensión.

El fundamento jurídico positivo, además del que la normativa específica pudiera reconocer se encuentra en la igualdad de las cargas públicas y la inviolabilidad de la propiedad, garantías consagradas por los artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Aún así, la doctrina de los autores, entre ellos Bielsa, sostuvo que debiendo los tribunales judiciales fallar conforme al derecho positivo que no la contemplaba no era posible la aplicación de esta teoría, a lo cual contesta Marienhoff que los principios constitucionales indicados son suficiente basamento los que no requieren de ninguna ley que los reglamente.

Algunas normas específicas receptaron tal teoría como la ley 12.910 que creó el Tribunal Arbitral de Obras Públicas, la que la previó expresamente para el caso del contrato de obras públicas. Por otro lado, se prohibió la extensión de sus disposiciones a otros contratos como el de suministro, disposición considerada, por Marienhoff, violatoria de la Constitución Nacional.

Diversos requisitos deben conjugarse para que pueda aplicarse la teoría de la imprevisión.

En primer lugar, el hecho que lo ocasiona deber ser sobreviviente a la celebración del contrato y no debe haber sido posible su previsión o de las consecuencias, dentro de términos razonables. Debe ser un hecho que excede lo ordinario, anormal, porque aquello que acostumbra a suceder conforme al orden natural de las cosas se encuentra dentro de los parámetros normales y corre por cuenta del contratista prever. Así, el alza de precios que constituye parte de las variaciones de una economía dada no conformaría este requisito, como sí otros provenientes de guerras, desastres naturales, etc.

Debe ser extraño a la voluntad de las partes, ya que si alguna de ellas hubiera dado origen al hecho que produce el desequilibrio debería hacerse cargo de sus consecuencias. Sería tanto como argumentar teniendo por fundamento la propia torpeza.

No obstante lo dicho, el hecho sobreviviente o sus consecuencias no deben impedir totalmente la ejecución del contrato por el contratista ya que en tal caso se estaría en presencia de una causal de extinción del contrato fundada en la fuerza mayor

Debe afectar gravemente al equilibrio económico financiero del contrato ya que una pequeña variación no sería suceptible de obligar a la contraparte a colaborar en su mitigación desde que la teoría de la imprevisión no constituye una garantía de indemnidad a

favor de los intereses del contratista. Debe tornar excesivamente onerosa la prestación aunque, como se dijo antes, no debe llegar al extremo de tornarla imposible.

Otra de las condiciones que debe darse es que exista un período de tiempo entre la celebración del contrato y la ejecución de la o de las prestaciones. Es en ese intervalo de tiempo en el que se produce la alteración del equilibrio del contrato por el hecho imprevisible. En un contrato de ejecución instantánea, no habría posibilidad de la ocurrencia del evento alguno que alterara el equilibrio contractual. En consecuencia, el contrato administrativo para que sea aplicable la teoría de la imprevisión debe ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada a través de un período de tiempo, en cuyo caso se aplicaría para las prestaciones no cumplidas, o bien de prestación única pero diferida.

Por último, el contratista debe encontrarse cumpliendo el contrato. Es decir no debe haber incurrido en mora o haber suspendido por su propia cuenta las prestaciones. Este es un ejemplo de cómo deben primar los intereses generales comprometidos en la prestación a cargo del contratista sobre los intereses particulares del propio contratista que ve alterado el equilibrio contractual en su perjuicio y no obstante ello debe seguir cumpliéndolo.

Pero por el principio de que la consecución del interés general no debe alcanzarse a costa del interés particular, la teoría de la imprevisión autoriza al Estado a concurrir en auxilio del privado reconociendo la excesiva onerosidad sobreviniente y a colaborar en su mitigación.

Este auxilio que presta el Estado al contratista y al que éste tiene derecho según lo acuerdan los tribunales de justicia, no implica empero una reparación integral de los perjuicios. Es una ayuda que la Administración le debe acercar al contratista a fin de que los riesgos concretados en virtud de un alea ajena a la voluntad de las partes no sean soportados exclusivamente por él. Es una manera de compensar en parte los quebrantos que sufre y de asegurar la Administración la prestación que le es debida, sin que ello prive de los riesgos naturales que se asume al contratar.

Debe quedar claro entonces que no se trata de una reparación integral sino de una compensación limitada, a diferencia del caso del “hecho del príncipe” donde la reparación es integral, comprensiva de todo quebranto originado por la conducta del Estado.

No obstante todo lo dicho por la doctrina, las previsiones de la norma positiva en la materia son escasas. Efectivamente, bajo el Título I –Disposiciones Comunes- del Decreto delegado N° 1023/01, Capítulo I –Régimen General-, aplicable a todos los contratos que celebre la Administración, se establece bajo el artículo 13 –Facultades y Obligaciones de los Contratantes-, que, sin perjuicio de lo establecido en las legislación específica, sus

reglamentos, pliegos de bases y condiciones y demás documentación contractual, las partes tendrán derecho a la recomposición del contrato cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de *origen natural*, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo.

La pregunta que inmediatamente surge es la de saber si ello implica que no habrá de reconocerse el “hecho del príncipe” ya que lo único que la norma parece receptar es la “teoría de la imprevisión” y en forma limitada cuando se trate por causa de hechos naturales.

El recto sentido parece encaminarse a negar tal posibilidad, es decir que el hecho de que no la consagre expresamente no implica su negación. Ello claro está sólo en el caso en que las demás normas aplicables no la reconocieran expresamente, posibilidad que deja a salvo la disposición que se comenta.

En verdad no se alcanza a comprender la razón de su limitación, ya que hechos producidos por la acción del hombre puede tener iguales consecuencias que los hechos naturales (piénsese en el caso de una guerra, una crisis financiera, etc.) Si el propósito fue excluir el “hecho del príncipe” en razón de que pudiendo ser invocado lo dispuesto por ambas partes, es decir tanto por la Administración como por el contratista, no sería procedente que la administración esgrimiera su propio accionar para excepcionarse de cumplir adecuadamente el contrato, si esta fuera la hipótesis de la limitación, debe entenderse que pueden existir hechos del hombre que no necesariamente deben atribuirse a la Administración.

2.4. La Renegociación de los Contratos en el Ámbito de la Emergencia.

En el marco de la severa crisis económica por la que atravesó nuestro país en el año 2001, se sancionó en enero de 2002 la ley 25.561.

Esta ley declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria y delegó en el Poder Ejecutivo una serie de facultades con plazo para su ejercicio que fue objeto de sucesivas prórrogas, siendo la última la dispuesta por la ley 26.339 que extendió el término hasta el 31 de diciembre de 2008.

Entre las bases con sujeción a las cuales el Poder Ejecutivo debía ejercer las facultades que se le delegaban, se anotaba la de “reglar la obligaciones, en curso de ejecución, afectadas por el nuevo régimen cambiario” que la ley estableció.

En materia de contratos celebrados por la Administración bajo normas de derecho público, la ley dejó sin efecto toda cláusula indexatoria basadas en ajustes según monedas extranjeras, índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio. A la

vez se fijó para los precios y tarifas una relación de cambio de un peso igual a un dólar estadounidense.

Además, la ley autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar estos contratos (los celebrados por la Administración bajo normas de derecho público). En el caso de los contratos que tenían por objeto la prestación de un servicio público se debía tomar en cuenta para la renegociación:

- a) el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y en la distribución del ingreso,
- b) la calidad de los servicios y los planes de inversión,
- c) el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios,
- d) la seguridad de los sistemas comprendidos y, por último,
- e) la rentabilidad de las empresas. Posteriormente, la ley 25.790 delegó en la decisión del Poder Ejecutivo la posibilidad de dejar de lado estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que regían los contratos de concesión adoptada en el proceso de renegociación.

A diferencia de otras leyes de emergencia anteriores, en los que se dispuso la rescisión de los contratos en ejecución, en esta oportunidad la ley confirió al Poder Ejecutivo la facultad de renegociar los contratos, facultad ésta que ha sido la principal sino la única y verdadera facultad delegada. Estas renegociaciones debían llevarse a cabo, atento a la grave situación económica imperante que adquirió los ribetes una verdadera fuerza mayor, en base al criterio del sacrificio compartido, conforme al cual cada parte debía asumir parte de las restricciones o de las pérdidas que se derivaban.

Por el Decreto N° 293/02 se encomendó al Ministerio de Economía llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, creándose para ello una Comisión de Renegociación de Contratos de Obras y Servicios Públicos presidida por el Ministro de Economía.

Por el Decreto N° 1.090/02 se estableció que debían ser incluidos en el proceso de renegociación de los contratos aquellos reclamos que las empresas realizaran ante los estrados judiciales o tribunales arbitrales internacionales si aspiraban a permanecer dentro de dicho proceso puesto que de lo contrario serían excluidas del mismo. Vale decir, la elección de una vía excluye la otra

Con relación a esto es necesario tener presente que muchas de las empresas que resultaron concesionarias de obras y servicios públicos eran empresas extranjeras y como tal estaban alcanzadas por acuerdos internacionales de protección de inversiones firmados por la República Argentina con el país de origen de las empresas (celebrados con Estados Unidos, Francia, España, Italia, Gran Bretaña, etc.). Estos tratados de protección recíproca de inversiones preveían que las partes signatarias debían dar un trato justo y equitativo a las empresas, sociedades o entes alcanzados y entre tales el de la nación mas favorecida. Además, contienen disposiciones relativas a la solución de controversias en virtud de las cuales la empresa, ente o sociedad que se considerara afectado tiene la alternativa de recurrir a tribunales arbitrales como el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones, mas conocido por su siglas como CIADI, tribunal arbitral creado por el Banco Mundial. El pronunciamiento que dicta el tribunal arbitral es obligatorio conforme lo establecen los respectivos tratados.

Es claro que el proceso de renegociación implica un acuerdo de voluntades de las partes y no imposiciones unilaterales por parte del Estado. En este marco es posible que una empresa pudiera renunciar a una cláusula compromisoria que le permitiera acudir a la vía arbitral.

Finalmente, se creó la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) en el ámbito de los ministerios de Economía y Producción y de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con el propósito de asistir en el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos.

Según un informe de la propia UNIREN , al mes de julio de 2008, sobre un total de 64 contratos, se renegociaron 35 (54,7%), cesaron o se resolvieron 18 (28,1%), 5 se encontraban en trámite (7,8%) y 7 se hallan demorados (9,4%).

2.5. Ajuste de Precios o Costos por Inflación.

Un tema que hoy se plantea con particular fuerza es dilucidar si la Administración puede o no ajustar los precios de los contratos que se hallen en ejecución por la incidencia de la inflación.

Como sabemos, la inflación implica un aumento generalizado, paulatino y constante de los precios de los bienes que importa la paralela pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Cuando comienza, deviene en un proceso que se autoalimenta y que encuentra su causa en las expectativas de la sociedad. Cuando adquiere ciertas proporciones incide alterando el

equilibrio contractual y en tal caso resulta importante establecer si es posible reconocer al administrado el aumento del precio del contrato.

Argentina en un país que ha sufrido experiencias inflacionarias a las que se ha tratado de combatir de diversas maneras. Como modo de generar confianza y cortar la retroalimentación de las expectativas, en 1991 se dispuso por ley la libre convertibilidad de la moneda nacional al dólar estadounidense. Para entonces la ley N° 23.928 o ley de convertibilidad, dispuso por su artículo 10 la derogación de todas las normas legales o reglamentarias que establecieran o autorizaran la indexación de precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra manera de repotenciación de las deudas, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

Disponía además que lo peceptuado se aplicaría a los efectos pendientes de las relaciones jurídicas existentes, no pudiendo esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional –inclusive convenios colectivos de trabajo- de fecha anterior, como causa de ajuste, sino hasta el 1° de abril de 1991, fecha en la que entró en vigencia la convertibilidad de la moneda nacional.

Por otra parte, en el artículo 7° se disponía que el deudor de dar una suma determinada en moneda nacional, cumple dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada y que en ningún caso se admitiría la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuera su causa, haya o no mora del deudor con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la convertibilidad, quedando derogadas todas las disposiciones legales o reglamentarias y declarando inaplicables las contractuales o convencionales que contravinieran lo dispuesto.

Para entonces, tales disposiciones eran lógicas ya que formaban parte de un concierto de medidas como la convertibilidad de la moneda destinadas a combatir la inflación, por lo cual era necesario cortar el mecanismo de realimentación que constituían las disposiciones legales o convencionales que tendían a predisponer hacia el futuro de medios de actualización monetaria.

De esta manera se pretendía cortar con las expectativas inflacionarias impidiendo la previsión de la repotenciación de la moneda.

Con el dictado en el 2002 de la ley N° 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, con la que se puso fin a la convertibilidad de la moneda nacional, se mantuvieron las normas citadas que imponían la derogación de toda disposición indexatoria.

No obstante la contundencia de las normas cuya vigencia la ley ratifica, a renglón seguido son excepcionadas cuando la misma ley prevé la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) o del Coeficiente de Variación de Salarios (CVS) para las obligaciones pactadas en dólares u otras monedas extranjeras y pagaderas en pesos (art. 11), mecanismos éstos que son en esencia indexatorios.

Con referencia específicamente a contratos administrativos de obra pública regidos por la ley 13.064, también en el año 2002, se dictó el Decreto N° 1295, que no obstante reconocer en sus considerandos la vigencia de la norma que mantiene derogadas todas las disposiciones legales que autorizan la indexación de precios, actualización monetaria o variación de costos, permite la redeterminación de los precios de los contratos de obras públicas, a solicitud del contratista, cuando los costos de los factores principales que los componen, hayan sufrido una variación promedio superior al 10% respecto de los fijados en el contrato o en la última redeterminación. Los precios resultantes del proceso de redeterminación, que no podrán ser superiores a los informados por el INDEC o por otros organismos oficiales o especializados, se aplicarán a la parte que falte ejecutar, manteniendo fijo un 10 % del precio total del contrato. Estas previsiones no se aplicarán a los contratos de concesión con percepción del precio por el usuario, de concesión de obra y de servicios, licencias o permisos.

Así las cosas las prohibiciones indexatorias sólo alcanzarían a los contratos de suministros, compras, locaciones y demás contratos, excluidos los de obra pública y el de empleo público, por la posibilidad de recurrir a la negociación paritaria en este último caso.

Vale entonces la pregunta, ¿resulta o no posible la modificación del precio de tales contratos ante las prohibiciones normativas establecidas?

La Procuración del Tesoro de la Nación, máximo organismo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo, se ha pronunciado en tres oportunidades. En dos de ellas ha hecho lugar a la posibilidad de reajustar el precio del contrato, negándolo en la restante (Dictámenes 246:559, 246:566, 259:222).

En el primer dictamen citado se trató de la solicitud de una empresa de servicios de limpieza para que se le permitiera incrementar el precio contractual en razón de una asignación no remunerativa de carácter alimentario otorgada con carácter general por el Gobierno nacional a través del Decreto N° 1273/02.

La empresa argumentó que tal incremento no pudo ser previsto en su estructura de costos solicitando se considerara como una imprevisión en el marco de la ley de emergencia N° 25.561.

La Procuración del Tesoro consideró que la ley de emergencia N° 25.561 contempla dentro de sus previsiones la renegociación de todos los contratos regidos por normas de derecho público y que, dentro de tal orden de ideas, la renegociación implica la introducción cambios permanentes, realizados por las partes, en un contrato de larga duración que vio afectadas las prestaciones de modo decisivo por circunstancias externas sobrevinientes. Desde este ángulo, no observa obstáculos jurídicos para la renegociación del contrato.

En cuanto a las previsiones de los artículos 7° y 10 de la ley 23.928, mantenidos por la ley 25.561, que establecen la prohibición de reconocer mayores costos en materia de emergencia, señala que la situación que analiza es distinta a tal supuesto ya que el reconocimiento de mayores costos implica mecanismos introducidos en los contratos de larga duración para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes, situación que es ajena, sostiene, a las circunstancias del caso que examina.

El segundo de los dictámenes aludidos (246:566) es semejante al anterior ya que se trata de presupuestos de hecho similares (solicitud de reconocimiento de la incidencia del aumento de carácter alimentario dispuesto para el sector privado por el Poder Ejecutivo). La Procuración insiste en que una renegociación contractual es distinta a la aplicación de fórmulas de mayores costos que supone un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad y agrega que “la conveniencia de llevar a cabo la suscripción de un convenio de renegociación de contrato, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de la incumbencia de la Procuración del Tesoro de la Nación”.

A diferencia de los dos anteriores, que fueron emitidos en el año 2003, el último de los dictámenes citados data del año 2006 (259:222). En él la Procuración desecha la solicitud de la empresa de aumento del precio contractual porque “el incremento del salario básico acordado por paritarias no tiene el carácter de acontecimiento extraordinario ni imprevisible, ni obedece a circunstancias que configuren caso fortuito o fuerza mayor que permitan al cocontratante la recomposición del contrato. Tampoco podría invocarse a favor del reconocimiento que se pretende, la aplicación del artículo 1198 del Código Civil, norma que exige para su aplicación, que la prestación a cargo de una de las partes se haya tornado excesivamente onerosa, por acontecimientos imprevisibles. En el caso, el cocontratante sólo

se limitó a determinar la existencia de aumentos salariales, lo cual, no suple la exigencia requerida por la norma en cita”. En este caso, al haber sido el aumento salarial concedido en paritarias no es enteramente ajeno a la parte ya que lo acordó a través de sus representantes.

Ya hemos visto que para que se configure el “hecho del príncipe” debe tratarse de una medida de la Administración tomada con carácter general que afecta el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato y que, en el caso de la teoría de la imprevisión, debe tratarse del álea económica y por tanto ajena a las partes, sobreviniente e imprevisible, que afecta sustancialmente la equivalencia de las prestaciones de las partes. En este sentido, el fenómeno inflacionario que provoca la variación de los precios y costos, se diferencia del “hecho del príncipe” en que es ajena a la voluntad de las partes, y con la “teoría de la imprevisión” en que es previsible, al menos, dentro de determinado rango de variación, y además, por ser paulatino, la posibilidad de afectar sustancialmente el equilibrio de las prestaciones, sólo se da con el transcurso de un período de tiempo que podrá ser mas o menos largo conforme la agudeza del proceso.

En los dos primeros dictámenes, cercanos en el tiempo al dictado de la ley N° 25.561, parece la Procuración basarse en la emergencia y en el “hecho del príncipe”, mientras que en el último, parece exigir los requisitos atinentes a la teoría de la imprevisión.

Sin embargo, debe convenirse que los tres casos tienen en común un sustrato inflacionario que origina la recomposición salarial que da base a la solicitud de reconocimiento de los mayores costos.

En este sentido, el criterio sostenido por la Procuración en el último dictamen parece objetable ya que debió atender, básicamente, al sustrato fáctico más que al encuadre jurídico en el que basó el presentante su pedido (art. 13, inc. a y c, del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, que reglan los supuestos de la teoría de la imprevisión y del “hecho del príncipe”).

Dicho esto, corresponde volver a preguntarse ¿es procedente el reconocimiento de la variación de precios o costos por inflación?

En primer lugar debe estarse a las disposiciones expresas que el pliego de condiciones particulares o el instrumento contractual pudieran tener respecto del supuesto que nos ocupa. Si se hiciera mención en ellos a que no se reconocerán variaciones de costos o precios, es claro que deberá estarse a lo expresamente dispuesto, ya que el contratista supo desde un primer momento o acordó en negarse tal posibilidad por su sometimiento

voluntario al régimen del contrato o por una suerte de renuncia expresa, lo que autoriza a pensar que tomó las previsiones necesarias o asumió voluntariamente un riesgo.

La cuestión es saber si existe derecho del contratista a reclamar la recomposición del contrato en caso que nada digan las disposiciones contractuales.

En los contratos que se agotan con una sola prestación a cargo del contratista y que, aún siendo única, ésta no fuera diferida en el tiempo para su cumplimiento, debe entenderse que no existe posibilidad de tal reconocimiento porque, como se dijo antes, falta el presupuesto del transcurso del tiempo para que el fenómeno inflacionario se manifieste. Si existe una brusca variación de precios que afecta al contrato, es muy posible que tal hecho pueda encuadrarse dentro de los presupuestos del “hecho del príncipe” o de la teoría de la imprevisión.

De allí que en los contratos de ejecución continuada o de ejecución diferida es donde el fenómeno inflacionario puede tener incidencia. En tal caso, la ejecución del contrato se asemeja a un íter que las partes recorren, constituido por distintos actos tanto del cocontratante como de la Administración. A este desenvolvimiento que implica el cumplimiento, la Administración debe ajustarse, como en el procedimiento administrativo que encierra, a la aplicación del principio de la “verdad jurídica objetiva” (art. 1º, inc. f, ap. 2, ley N° 19.549 y art. 48 del Reglamento de Procedimientos Administrativos), que le manda atender a las circunstancias que se verifican en la realidad independientemente de cómo hayan sido alegadas. De modo que, si la realidad muestra la existencia de un proceso inflacionario, éste elemento debe ser considerado y evaluado por la Administración frente al reclamo del cocontratante mas allá de la argumentación jurídica en la que lo funde. Sin embargo, los presupuestos de hecho deberán quedar bien establecidos, no ser meramente hipotéticos o conjeturales y estar mas allá de lo meramente opinable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse en la causa “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Provincia de Corrientes y Banco de Corrientes s/cobro de australes” en marzo de 1992, tuvo oportunidad de decir refiriéndose a la inflación a la que consideró un “fenómeno muy antiguo y corriente” (cons. 15), “Que circunstancias excepcionales han conducido en diversos países a la aceptación del ajuste de las deudas. Las condiciones en que tal admisión se produjo en el nuestro, resultan del voto del juez de este Tribunal Dr. José F. Bidau, en el caso de Fallos 268:112, quien había anteriormente suscripto sentencias adversas a tal tesis. Expuso que “puede explicarse la persistencia de esa doctrina (por la que se negaba el ajuste) a pesar del fenómeno inflacionario que ya es muy antiguo, ante la doble esperanza de que se pudiera frenar el mismo y que el legislador contemplara su

repercusión jurídica... vista la persistencia de ese fenómeno y los extremos que alcanza al presente, no es posible mantener principios jurídicos ficticios” (del voto de la mayoría) (cons. 19), “Que, en suma, la actualización de las deudas fue admitida por la fuerza de los hechos que imponían la preservación de ciertos derechos amenazados por el proceso inflacionario” (cons. 20) y “Que, sentado ello, cabe recordar que es función de los jueces la realización efectiva del derecho en las situaciones reales que se le presentan, conjugando los enunciados normativos con los elementos fácticos del caso (Fallos 302: 1611) y en la tarea de razonamiento que ejercitan para indagar el sentido que corresponde acordar a las normas deben atender a las consecuencias que normalmente derivan de sus fallos, lo que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de sus interpretación y congruencia con el todo del ordenamiento jurídico (Fallos: 302: 1284)” (cons. 20).

Que lo preceptuado por el voto de la mayoría, a través de una reseña de la evolución de la jurisprudencia en materia de reconocimiento de los ajustes por inflación, muestran que éstos fueron concedidos teniendo en cuenta la realidad de los hechos, en un todo de acuerdo a lo que predica el principio de la verdad objetiva al que la Administración debe ceñir su proceder.

Ahora bien, frente a esta disposición surge las disposiciones expresas contenidas en los artículos 7° y 10 de la ley 23.928 que son mantenidas por la ley 25.561 que como ya vimos en ningún caso se admitirá la actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, disponiendo la derogación de toda norma legal o reglamentaria que autorizara la indexación de precios, actualización monetaria o cualquier otra manera de repotenciación de las deudas, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios.

Debe tenerse presente aquí, que una de las pautas de interpretación de las leyes es la expresada por la Suprema Corte en el caso “Kot” (Fallos: 241:291) conforme a la cual “Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción ...” (citado en el cons. 27 del voto de la mayoría)

Claro está que la ley 23.928 fue dictada en el marco de un plan de lucha contra la inflación, como el que disponía el anclaje de la moneda nacional al dólar estadounidense y que de tal modo se pretendía desarmar todo andamiaje legal como los regímenes o cláusulas predispuestas por las partes que implicaba la aplicación de índices o formulas de ajuste

automático. Siendo como es la inflación un fenómeno que en buena medida se alimenta de las expectativas, es claro que resultaba vital impedir que se siguiera alimentando a partir de la aplicación mecánica de tales fórmulas.

Al respecto decía la Suprema Corte en el fallo citado: “Esta Corte ha podido constatar recientemente que los resultados mas disparatados pueden resultar de la aplicación de índices, por lo que observó que si bien estos pueden ser utilizados a fin de obtener un resultado que se acerque en la mayor medida posible a una realidad económica dada, cuando ello determina resultados injustos o incluso absurdos frente a esta realidad, ella debe privar por sobre abstractas y genéricas fórmulas matemáticas “ y cita causas (cons. 29 del voto de la mayoría).

Con lo hasta aquí dicho, es posible colegir la necesidad de atender, a la realidad por una lado en caso de que se alegue y verifique un real aumento de los costos del contratista que altere el equilibrio de las prestaciones contractuales, y respetar a la vez el estándar legal que impide pactar cláusulas de ajuste automático, todo mediante el expediente de la renegociación que tienda a recomponer la equivalencia.

Es éste y no otro, el criterio que a nuestro juicio deriva de los pronunciamientos de la Procuración del Tesoro en los que dictaminó a favor de la procedencia del reconocimiento por la Administración del aumento de los costos laborales dispuestos por el Poder Ejecutivo (Dictámenes: 246:559, 246:566).

Así entendió que la prohibición legal dispuesta por los artículos 7° y 10 de la ley 23.928, mantenidos por la ley 25.561, no se ve afectada por la renegociación contractual ya que es distinta a la aplicación de fórmulas de mayores costos que supone un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad y agrega que “la conveniencia de llevar a cabo la suscripción de un convenio de renegociación de contrato, atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco de la incumbencia de la Procuración del Tesoro de la Nación” (Dictámenes 246:566).

En este orden de ideas es posible concluir que debe atenderse a la verdad material por lo cual es posible a la Administración, de constatar la existencia de aumento de precios o costos que altere la ecuación económico financiera, arribar a una recomposición de la equivalencia de las prestaciones mediante la celebración de una acuerdo producto de la renegociación del contrato.

Podría darse por fin, aquella razón que de haberla dado al comienzo de la digresión hubiera bastado para evitar la demás argumentaciones. Y no es mas que el principio constitucional consagrado por el artículo 16 de la Constitución Nacional que establece la igualdad de las cargas públicas, conforme a la cual no podría, sin contravenirse dicha cláusula, exigírsele al contratista la satisfacción de una necesidad pública en desmedro de su patrimonio y que funda, en el campo del derecho administrativo, el principio de la equivalencia honesta de las prestaciones.

3. REALIDAD O FANTASÍA DEL PODER DE COMPRA DEL ESTADO

3.1 –El Por Qué de este Título

En principio cabría preguntarse por qué poner en tela de juicio la existencia del poder de compra del Estado, cuando la realidad de dicho poder de compra se da por supuesta en los fundamentos de numerosas normas, especialmente aquellas relacionadas con el compre nacional o con la promoción de las MIPYMES, cuyo propósito es, precisamente, canalizar ese poder para determinados fines. En tal sentido, el primer considerando del Decreto N° 909/2000 expresa:

“Que por el Decreto-Ley N° 5340 del 1º de julio de 1963 y la Ley N° 18.875 se establecieron los regímenes conocidos como "Compre Argentino" y "Contrate Nacional", siendo su principal objetivo canalizar el poder de compra del Estado y de los Concesionarios de Servicios Públicos a favor de la Industria Nacional.”

En la norma citada de lo que se trata es del poder de compra del Estado como instrumento del gobierno para producir efectos en el impulso de la economía y en el desarrollo de la sociedad, que ha sido valorado de manera diferente en distintos contextos históricos.

Hay otro sentido en el que podemos emplear la expresión “poder de compra del Estado”: es el que se refiere al poder de compra del Estado frente al cocontratante particular, situación en la que el poder público aparece dotado de fortalezas y, a veces, afectado por debilidades.

En este trabajo examinaremos la cuestión en esas dos acepciones, o significados o alcances.

3.2. – El Poder de Compra del Estado como Herramienta de Gobierno.

En lo que respecta al uso de un presunto “poder de compra del Estado” para promover impactos positivos en materia de desarrollo económico, a poco que uno se dedique a revisar los sucesos de las últimas dos décadas, encontrará muchos motivos que hacen válido el cuestionamiento sobre la “realidad o fantasía” del poder de compra del Estado.

Por un lado, los avatares experimentados por el régimen de Compre Nacional desde mediados de los años '60 hasta el 2000 muestran más de un enfoque político posible respecto de la conveniencia de que el Estado gravite con energía en la economía o incluso de que ejerza alguna intervención en los mercados.

Por otro lado, la tendencia a la concentración en los mercados desregulados pone de manifiesto las consecuencias de la falta de una presencia vigorosa del Estado en la

equitativa distribución de los beneficios del crecimiento económico, lo que no impide que existan quienes consideran que el mercado es el más eficiente asignador de recursos.

La pluralidad de puntos de vista parecería sugerir que el Estado tendrá el poder de compra que quienes conducen las política económica quieran otorgarle.

Por el Decreto-Ley N° 5340763 y la Ley N° 18.875, reglamentada por el Decreto N° 2930/70 se establecieron los regímenes de "Compre Argentino" y de "Contrate Nacional", con el objeto de canalizar el poder de compra del Estado y de los Concesionarios de Servicios Públicos a favor de la Industria Local.

El nacimiento del plexo normativo conocido con los nombres de "compre nacional" y "contrate nacional" vino de la mano de la creencia de que el poder de compra del Estado es una realidad y que su canalización a favor del desarrollo del país implicaba, además de la acumulación de capital físico, el estímulo del conocimiento, la experiencia, la creatividad y la capacidad de decisión de sus profesionales y técnicos, capital intangible que no se puede importar sino que debe formarse internamente invirtiendo muchos años de esfuerzos.

Entonces, podemos comenzar por examinar el discurso sobre el poder de compra del Estado en la época de creación del Régimen de Compre Nacional, de mediados de los años '60 a 1970, que no fue rebatido durante los dos decenios siguientes.

Entre las convicciones imperantes en esa época podemos mencionar que de una demanda estatal sostenida, creciente, previsible y planificada se podían esperar resultados como los siguientes:

- Habilitaba acuerdos de largo plazo con la industria nacional para asegurarle requerimientos programados.
- Como contrapartida, permitía exigirle inversiones, reducciones en los costos y mejoras en la calidad.
- Impulsaba la adopción de normas de calidad internacionales por parte de las empresas locales.
- Promovía el desarrollo científico tecnológico local.
- Fomentaba la inversión privada y el crecimiento de la industria nacional.
- Favorecía el empleo de mano de obra argentina.
- Promovía el desarrollo del sector de micro, pequeñas y medianas empresas.
- Compensaba las desigualdades de acceso al crédito y a los avales entre las empresas locales y las extranjeras.

- Permitía la adquisición de cierta autonomía tecnológica imprescindible para incrementar el valor agregado de nuestras exportaciones industriales.
- Favorecía la formación y capacitación de recursos humanos altamente calificados en las firmas locales.
- Impulsaba una distribución progresiva del ingreso.

A pesar de tales aseveraciones, durante un cuarto de siglo de vigencia ininterrumpida del compra nacional fueron diversos los mecanismos usados para incumplir: importar instalaciones completas -llave en mano-, con la falsa excusa de que no existe oferta local de subconjuntos; exigir condiciones imposibles para las industrias locales -pago a largo plazo en competencia con tasas inexistentes en el país, plazos de entrega incumplibles-; licitar sin la debida publicidad y hasta sin pliego de especificaciones; proyectar sin contemplar las posibilidades de provisión de la industria nacional, entre otros.

En 1989 se pusieron en marcha una serie de reformas: la Ley de Emergencia Económica, la Ley de reforma del Estado, la reforma tributaria, que convergieron en 1991, en el Plan de Convertibilidad y la negociación del plan Brady.

Por la Ley N° 23.697 se dispuso la suspensión del régimen originario de compra nacional y se facultó al Poder Ejecutivo Nacional a establecer los porcentajes de preferencia aplicables para las contrataciones de obras y servicios nacionales. En ejercicio de estas facultades, el PEN dictó el Decreto N° 1224/89, que estableció un régimen de mínimas preferencias a favor de la Industria Local. Por Decreto Nro. 2284/91 se dispuso la desregulación económica y la preferencia quedó reducida a los casos de igualdad de precios.

Durante los años siguientes, la vigencia simultánea de varias normas jurídicas que se superponían o derogaban o sustituían o se discutían en su vigencia por haber vencido el plazo de la ley de emergencia en la que estaban insertas, generó inseguridad jurídica y permitió que el plexo normativo que conformaban se interpretara de diversas formas, resultando de hecho inaplicable.

Entre los recursos empleados para la consolidación del nuevo patrón de acumulación, que implicó una específica forma de articulación del polo dominante interno con las formas precapitalistas y capitalistas subordinadas, y también con los centros dominantes a nivel global, se contó la privatización de las empresas estatales, en las cuales residía primordialmente el *poder de compra del Estado*. Estas privatizaciones pusieron en juego una transferencia de activos monumental, sumada a los beneficios potenciales garantizados por el carácter monopólico u oligopolio de los servicios públicos y por el proceso de desregulación económica.

En los años '90 el discurso preponderante respecto de las compras del Estado estuvo teñido de afirmaciones como las siguientes:

- El Estado no debía producir bienes y ni prestar servicios en forma directa, porque desplazaba a la inversión privada de sectores donde ésta podría ser mucho más eficiente.
- La utilización del sector empresario estatal para fines distintos de los fijados a cada organismo por la ley de su creación había dado lugar a subsidios cruzados que encubrían ineficiencias y corrupción.
- Las empresas del Estado no llevaban una sana contabilidad de costos, como sí estaban obligadas a hacerlo las empresas privadas, porque nunca corrían el riesgo de quebrar.
- Las empresas públicas utilizaban tecnologías obsoletas.
- Sus abultados presupuestos pesaban injustamente sobre los bolsillos de los consumidores.
- Los servicios públicos se prestaban merced a las subvenciones del Estado.
- El Estado era presa de la patria contratista y de los gremios
- El desmembramiento del Estado era condición necesaria para que la sociedad civil y el mercado liberaran sus fuerzas creadoras.

Tras las modificaciones estructurales de fines de los 90', en medio de una crisis, que fue terminal para el gobierno de la Alianza, éste dio un débil paso para "reactivar" el régimen de compra nacional, en un contexto completamente distinto del que le había dado origen.

Por el Decreto N° 909/00 se estableció un régimen de publicidad para las contrataciones de los Concesionarios de Obras y Servicios Públicos, las Empresas del Estado, los Contratistas de Obras Públicas y Servicios Públicos y sus Subcontratistas Directos, sujetos de derecho privado que, por la vinculación económica que tienen con el Estado, ejercen indirectamente el poder de compra estatal.

Durante la siguiente gestión, que fue de transición, se sancionó la Ley N° 25.551 de 2001, reglamentada por el Decreto N° 1600/2002, que dio por vencida la suspensión de la aplicación y vigencia del régimen originario en tanto no se opusiera a sus disposiciones y equiparó las denominaciones "compre nacional" y "contrate nacional"

El escenario de la "restauración" del régimen de compra nacional a partir de 2001 puede resumirse así:

- La globalización había transformado el mundo.

- Las tecnologías informáticas habían producido cambios irreversibles en la forma de desarrollar todas las actividades humanas.
- Nuestro país había implementado la primera etapa de reforma del régimen de contrataciones del Estado para “aggiornarlo” a esos cambios globales y en 2001 instrumentó la segunda etapa mediante un Decreto con delegación legislativa que por fin permitió derogar la Ley de Contabilidad que se aplicaba a las contrataciones públicas desde 1956
- El Decreto Delegado de 2001 definió el objeto del régimen de contrataciones del Estado en términos menos épicos que los empleados en la época de creación del régimen de compra nacional: “ *...que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible, coadyuvando al desempeño eficiente de la Administración y al logro de los resultados requeridos por la sociedad*”.
- El sector empresario público había sido reemplazado por otros actores: los Concesionarios de Obras y Servicios Públicos, los Contratistas de Obras Públicas y sus Subcontratistas Directos.

De 2003 al presente

- Algunas empresas o servicios que se habían privatizado volvieron a manos del Estado, pero aún no gravitan en el poder de compra de éste.
- Las políticas públicas revalorizan la intervención del Estado en la asignación de recursos, en la promoción del progreso social y en la redistribución del ingreso.
- En un mundo cada vez más dominado por la ciencia y la tecnología, no se percibe que “el deterioro de los términos del intercambio” produzca los efectos nefastos de otrora sobre la balanza comercial, si bien los ingresos que proporciona la exportación de nuestros commodities son inestables en el tiempo, sujetos a fluctuaciones cuyo control por parte del Estado es difícil.
- Un fuerte impulso a la introducción de las nuevas tecnologías parece a punto de dotar al Estado de las herramientas que necesita para acercarse a los objetivos siempre proclamados.

3.3. - El Poder de Compra del Estado frente al Cocontratante Particular

En lo que respecta al poder de compra del Estado enfocado desde el punto de vista de su relación con los cocontratantes, también encontraremos razones que justifican el interrogante acerca de la realidad o fantasía de aquel poder.

En el trabajo cotidiano algunas veces hemos percibido que el Estado se hallaba en aparente estado de debilidad ante ciertos proveedores que desafiaban su poder de compra: casos de colusión entre proveedores para impedir el éxito de los procedimientos de selección, entorpecimiento malicioso de los trámites, acuerdos para dejar desierta una licitación o para elevar los precios, tráfico de influencias, entre otros casos.

En el plano del derecho internacional, en el actual contexto de *publicación del derecho administrativo*, las numerosas demandas planteadas ante tribunales arbitrales del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados”, también conocido como “Convenio de Washington de 1965” (CIADI) amenazan el ejercicio del poder del Estado para ejercer sus facultades en la ejecución de los contratos administrativos que tienen como contrapartes a inversores extranjeros, además de afectar a otras facultades del poder público estatal en otras esferas ajenas a los contratos.

Cabe destacar que cuando nos referimos a “inversores extranjeros” en el contexto de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, empleamos dicha expresión en sentido lato, pues la definición de “inversión” se extiende a los activos, abarcando acciones y otras formas de participación en sociedades, derechos derivados de aportes realizados para crear valor económico, bienes muebles e inmuebles, derechos reales, toda clase de derechos de propiedad intelectual, derechos contractuales en materia de servicios públicos, etc., por lo que el concepto de inversión se asocia al de ganancia de una empresa, que queda protegida especialmente ante la expropiación indirecta.

La amplitud de este concepto de “inversor” ha permitido al CIADI conferir legitimación procesal a accionistas minoritarios o no controladores de la sociedad local, o cuya participación es indirecta a través de una sociedad controlada (por ej. Aguas del Aconquija y Vivendi vs. Argentina, Caso ARB/97/3).

3.4. – Las Fuentes del Poder de Compra del Estado.

Partiendo ya de la base de que el poder de compra del Estado es una realidad, aún podríamos preguntarnos ¿dónde residiría ese poder de compra? En tren de ensayar algunas respuestas, podemos identificar las siguientes fuentes de ese poder:

1. Sumas considerables son previstas en los sucesivos presupuestos para atender los gastos de los incisos 2 (bienes de consumo), 3 (servicios no personales) y 4 (bienes de uso). El Estado es un comprador importante en términos absolutos, aún cuando el

conjunto de gastos por esos conceptos no llegue al 1% del presupuesto nacional, como se ve en los cuadros siguientes:

| Sector Público Argentino No Financiero | | | | |
|---|-----------|-------------|------------|--------------|
| <i>Bienes y Servicios (Incisos 2, 3 y 4)</i> | | | | |
| 2006 | | | 2005 | |
| | % PBI | Millones \$ | % PBI | Millones \$ |
| AC | 0,55 | 3.592,9 | AC | 0,68 3.596,4 |
| OD | 0,11 | 688,6 | OD | 0,09 488,3 |
| ISS | 0,04 | 230,0 | ISS | 0,03 173,1 |
| Total | 0,69 | 4.511,5 | Total | 0,80 4.257,8 |
| Comparación entre los Presupuestos 2007 y 2008 (en millones de pesos) | | | | |
| | 2007 | 2008 | diferencia | % |
| Bienes de Consumo | 1.734, 15 | 2.129, 92 | 395,77 | 22,8 |
| Servicios No Personales | 3.246, 91 | 3.640, 37 | 393,45 | 12,1 |
| Bienes de Uso | 1.620, 00 | 2.247, 19 | 627,20 | 38,7 |

2. El Estado es un gran consumidor. El volumen y valor de los bienes involucrados y la movilización de mano de obra que implica su producción y comercialización, así como la prestación de los cuantiosos servicios que el Estado demanda, son considerables.
3. El Estado goza de prerrogativas exorbitantes cuando celebra sus contratos, lo cual surge de la definición de “contrato administrativo” acuñada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos dictados entre 1990 y 1993. Identificadas por el Consejo de Estado francés desde principios del siglo XX como notas distintivas que permiten discriminar entre los contratos administrativos y los de derecho privado, las entonces llamadas “cláusulas exorbitantes” se hallan sistematizadas en el derecho positivo de nuestro país desde 2001 y dan al Estado una posición de preeminencia y no de igualdad en las relaciones del Estado con los cocontratantes.
4. La Estado tiene aptitud para recopilar, procesar y utilizar información básica estratégica para su posicionamiento en los contratos que encara.
5. El Estado puede acceder con ventaja al crédito externo para financiar sus proyectos, y asimismo al crédito interno.
6. El Estado se encuentra en la posibilidad de sumar los recursos económicos y la capacidad de gestión más de una de las Jurisdicciones y Entidades que lo integran (contrataciones directas, convenios interadministrativos, acuerdos marco, compras consolidadas), redundando en una notable expansión de su potencialidad como comprador, en la obtención de economías de escala y en un gran incremento de su capacidad

logística (almacenamiento y transporte), que es componente casi siempre inseparable de las grandes contrataciones.

3.5. - Casos en los que el Poder de Compra del Estado exhibió sus aspectos vulnerables y sus fortalezas.

CASO 1. Privatización de un Elevador Portuario Perteneciente a la Ex Junta Nacional De Granos.

Planteo del caso:

El elevador portuario de Bahía Blanca era una de las tres haciendas productivas en funcionamiento definidas como estratégicas por el Directorio del organismo en Liquidación al cual pertenecían, para su privatización con la modalidad de concesión bajo el régimen de servicio público.

La clasificación en ese grupo se basaba en que dichas terminales eran entonces cuasi monopólicas y aptas para ser utilizadas como instrumentos de hegemonía en el mercado. Si un exportador o grupo de exportadores utilizaba dichas instalaciones con criterio de exclusividad y negaba el acceso a otros grupos, o si las usaba de tal manera de obstaculizar la carga en un determinado momento podía crear altibajos en la cotización del cereal.

El conjunto de la mercadería de la zona de influencia de Bahía Blanca, sumada a la proveniente de las otras zonas del país, se concentraba y cargaba a través de esa terminal oficial, que llegó a operar más de cinco millones de toneladas anuales y que estaba situada sobre el único puerto argentino que a la sazón llegaba a 40 pies de calado.

El Interventor, en su decreto de designación, tenía fijado un plazo breve y en principio inaplazable para llevar a cabo su misión de privatizar todas las instalaciones del organismo.

Los pliegos se conformaron tendiendo a que se integraran para la explotación consorcios donde estuvieran representados los distintos intereses que tenían que ver con la vida del puerto: productores, acopiadores, exportadores, cooperativas y las entidades que nucleaban a esos sectores, tales como la Sociedad Rural, Confederaciones Rurales, Coninagro, Bolsa de Cereales, Mercado a Término y otras.

Como en otras empresas del Estado, no existía una contabilidad de costos confiable y despojada de factores distorsivos, tales como subsidios o gastos aplicados a otros fines estatales distintos de la operativa propia del organismo. Los parámetros económicos del pliego se fijaron tomando en consideración información histórica y criterios técnicos: la rentabilidad potencial, la capacidad de almacenamiento, recepción y embarque, la

tecnología instalada y su estado de conservación, del cual dependía la inversión inicial para poner a punto la instalación.

Los factores que se ponderaron en una ecuación final fueron: un aforo mínimo en toneladas por el cual el concesionario debía pagar canon, a fin de que el elevador se trabajara lo más y mejor posible, el canon base por tonelada descargada o embarcada, que debía ser mejorado por los oferentes, el canon a pagar por adelantado, y el precio por tonelada a percibir de los usuarios, por debajo de un máximo preestablecido, en cuyo caso la asignación de puntaje era inversamente proporcional a la tarifa.

Otros valores fijados en el pliego eran las tarifas máximas de almacenaje y las mermas máximas por manipuleo. El pliego original preveía como causal de invalidez de la oferta la participación de quienes ejercieran como actividad principal la prestación de servicios de transporte de carga por vía terrestre.

En una primera convocatoria, una vez publicado el Pliego de Condiciones aprobado en septiembre de 1992, los distintos usuarios en condiciones de integrar los consorcios plantearon la decisión de no presentar ofertas si no se modificaban los parámetros económicos del pliego, alegando que con los valores fijados la explotación resultaría inviable.

Siendo limitado a esos grupos el universo de los potenciales oferentes, ello implicaba que el llamado quedaría desierto, de manera que se dejó sin efecto la convocatoria a Licitación Pública Nacional e Internacional sin pérdida de tiempo y se arbitraron los medios para que, en un marco de absoluta transparencia y con toda la información disponible, se revisaran los términos cuestionados del pliego.

Mientras corría el plazo fijado como “perentorio” al Interventor para terminar la privatización de todos los elevadores portuarios y de campaña, estaba en riesgo la concesión del último de los tres principales elevadores portuarios que permanecía en manos del Estado.

Solución

Se adoptó un mecanismo similar al que en el derecho comparado la doctrina denominaba “*audiencia pública*” y que en ese entonces no tenía antecedentes en el país¹. Consistió en

¹ En los años siguientes la legislación introdujo la institución de la “*Audiencia Pública*”, definida como: “oportunidad de consulta para que el conocimiento teórico y la experiencia práctica y vivencial del conjunto de la población puedan ser capitalizados y reflejados por las autoridades en los procesos de toma de decisiones cotidianas de alcance general, comunitario o colectivo, de modo de contribuir al mejoramiento de la calidad y a la razonabilidad de las decisiones que se adopten. Es una reunión formal inscripta dentro de un procedimiento de toma de decisiones públicas. Crea obligaciones. Genera responsabilidades. Una vez

convocar formalmente a representantes de todas las instituciones y empresas de la zona de Bahía Blanca y de nivel nacional que tenían algo que ver con la actividad económica que se desarrollaba en torno a la explotación del elevador de Ingeniero White, ya sea como futuros integrantes de los consorcios eventualmente concesionarios (productores, acopiadores, exportadores, cooperativas y entidades) o como simples usuarios de las instalaciones, para que en una reunión cara a cara compartieran entre sí y con la Administración su información económica vinculada con el elevador, expresaran sus razones sobre el rechazo del pliego y formularan sus propuestas fundadas para una eventual modificación.

Se promovió la transparencia de la información, se discutieron las cuestiones sobre las cuales existían discrepancias de opinión o de intereses, se pusieron sobre la mesa las cifras de que disponía cada sector y todas las partes se comprometieron a participar de buena fe en el nuevo procedimiento de selección al que se convocaría, esta vez con un pliego en cuya elaboración todos habían tenido oportunidad de participar

En enero de 1993 se aprobaron modificaciones al Pliego original, donde se limitó la participación de quienes antes la tenían prohibida, se disminuyó el volumen anual mínimo, se disminuyó la cantidad de años de canon adelantado, se aumentó el canon mínimo exigido por tonelada y se precisaron más concretamente los trabajos exigidos al concesionario.

Entre julio y septiembre de 1993 se adjudicó la concesión, se suscribió el contrato y se firmó el acta de iniciación de la concesión.

CASO 2. Compra de Libros de Texto de EGB para alumnos de escuelas carenciadas por el ex Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología.

Planteo del caso

En este caso el poder de compra del Estado se tradujo en la aplicación de recursos económicos por una suma total que superaba los 45 millones de pesos (correspondiente al 50 % del Precio Uniforme de Venta al Público) para la compra masiva de 3.315.000 libros de texto que fueron distribuidos entre 1.815.000 alumnos en situación de vulnerabilidad socioeconómica pertenecientes a 8° y 9° año de la EGB 3 y 1°, 2° y 3° año del Polimodal (o sus equivalentes en las jurisdicciones del país que no implementaron la reforma de la Ley Federal de Educación), de aproximadamente la mitad de las escuelas del país.

institucionalizado, su convocatoria puede ser obligatoria bajo determinantes circunstancias y la falta de su celebración puede ser causa de nulidad de la decisión aprobada.

Se trataba de dos compras simultáneas de libros de texto para el ciclo lectivo 2004, con distintas fuentes de financiamiento: la mayor parte provenía de un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el resto de fondos propios del ex Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología.

Las dos primeras licitaciones simultáneas fracasaron, pues si bien las editoriales presentaron sus ofertas, una vez efectuada la apertura se desencadenó una profusión de cuestionamientos:

- Observaciones críticas de todos los oferentes contra las ofertas de los demás.
- Impugnaciones contra los pliegos.
- Recusaciones contra los expertos que integraban la Comisión Evaluadora.
- Descalificaciones contra los criterios sustentados en los dictámenes técnicos.
- Rechazo general de los descargos emitidos respecto de las impugnaciones.
- Pretextos de imprecisiones terminológicas en la documentación licitatoria.
- Alegación de conflictos de intereses entre evaluadores y oferentes.
- Críticas al cronograma del procedimiento.
- Reproches sobre la centralización de las decisiones con violación del régimen federal.
- Alegaciones sobre el efecto distorsivo y concentrador de la compra sobre el mercado.
- Quejas por la presunta creación de situaciones de inequidad entre las firmas del sector.
- Invocación de la fragilidad económica resultante para las editoriales a las que se preveía adjudicar pocos o ningún libro.
- Efecto negativo sobre el mantenimiento de los puestos de trabajo en las firmas no favorecidas.

Asuntos de índole económica eran las verdaderas causas subyacentes en todos los planteos y mostraban a las claras la formación de un frente común de las editoriales contra la concreción de una compra de semejante volumen por parte del Estado, a menos que todas las firmas del sector resultaran beneficiadas en una medida aceptable para todas y cada una de ellas.

No alcanzaba para neutralizar esa oposición con dictámenes jurídicos o actos administrativos que, lejos de destrabar la situación, darían lugar seguramente a nuevas

maniobras impeditivas, posiblemente en sede judicial, y los libros no estarían disponibles para el siguiente ciclo lectivo.

Estudiadas diversas vías para superar el trance, se decidió dejar sin efecto ambos procedimientos y comenzar de nuevo.

Solución

Para arribar al fin propuesto se implementó un mecanismo novedoso que combinaba dos instrumentos: “Observaciones al Proyecto de Pliego” y “Pacto de Integridad”.

El procedimiento de “Observaciones al Proyecto de Pliego” fue reglamentado por los artículos 10 a 12 del Decreto N° 436/00 e introducido en el artículo 8° del Decreto N° 1023/01 para los casos en que “la complejidad o el monto de la contratación lo justifique, a juicio de la autoridad competente” y que consiste en “prever un plazo previo a la publicación de la convocatoria, para que los interesados formulen observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares. Comprende la siguiente secuencia de pasos:

1. Publicación en el Boletín Oficial de la convocatoria a efectuar observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares y envío de comunicaciones a las asociaciones que nuclean a los productores, fabricantes y comerciantes del rubro y a las asociaciones locales del lugar donde deban efectuarse las provisiones, para su difusión entre los interesados, indicando la fecha de finalización del plazo para participar. El proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares queda a disposición del público durante todo el lapso previsto para la formulación de observaciones.
2. El organismo contratante puede convocar a reuniones para recibir observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares o promover el debate entre los interesados acerca del contenido del mismo. De los temas tratados en esas reuniones y de las propuestas recibidas se labra un acta que firman los asistentes que quieran hacerlo.
3. Las observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares que formulen por escrito los interesados, así como también las actas mencionadas, se agregan al expediente. No debe realizarse ninguna gestión, debate o negociación ni intercambio de opiniones entre funcionarios del organismo contratante e interesados en participar en la contratación, fuera de los mecanismos expresamente previstos, a los que brinda igual acceso todos los interesados.

4. Una vez vencido el plazo para recibir observaciones al proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares, no se admiten nuevas presentaciones.
5. El organismo contratante elabora el Pliego de Bases y Condiciones Particulares definitivo conforme con los criterios técnicos, económicos y jurídicos que a su juicio correspondan, teniendo en cuenta las opiniones vertidas por los interesados en la medida en que las considere pertinentes a los fines de obtener un mejor resultado de la contratación y preservando los principios de igualdad entre interesados, de promoción de la concurrencia, de la competencia, de la transparencia y de la ética.

El instrumento antes descrito se combinó en este caso con un “Pacto de Integridad” en virtud del cual intervino un tercer actor imparcial: la Organización No Gubernamental “Fundación Poder Ciudadano”, que es el “Capítulo Argentino de Transparencia Internacional”, para garantizar el compromiso de juego limpio: buena fe de la administración y de los oferentes, transparencia de la información generada durante el curso de la selección, participación y consenso.

Peter Eigen, uno de los fundadores de la ONG Transparency Internacional, ha definido el Pacto de Integridad en palabras que describen a una de las partes como *“un mercado muy limitado y con pocos competidores”*, lo que coincide con los contratantes particulares de la experiencia real que se está relatando². La mencionada ONG fue fundada en 1989, con el objetivo de promover la participación ciudadana, concientizando a la población sobre problemáticas de interés público, alentar el buen gobierno del Estado, promover la transparencia en el manejo de la cosa pública, fortalecer la democracia y luchar contra la corrupción.

El procedimiento diseñado permitía que los evaluadores, cuya nómina integraba el proyecto de pliego sujeto a observaciones, respecto de las cuales alguien pudiera albergar dudas sobre su ecuanimidad, fueran desplazados sin necesidad de prolongados períodos de

2

Expresa el autor citado: *“La idea es tan simple como revolucionaria. En un mercado muy limitado y con pocos competidores, todas las partes implicadas se sientan a una mesa, es decir, la autoridad o empresas que anuncian un concurso y todos los potenciales candidatos a aceptar el contrato, que se «pelean por el pastel». Y entonces se intenta llegar a un acuerdo –independientemente de cuál sea su comportamiento en otros mercados o de si año tras año han sobornado o se han dejado sobornar– en el que todos los participantes se comprometan en esta situación de competencia a renunciar a la utilización de métodos corruptos. Para supervisar el proceso se nombra una entidad independiente, si es posible una organización de la sociedad civil, como por ejemplo una sección nacional de Transparency International (TI).”* Y agrega más adelante: *“La idea también tuvo una buena acogida por parte de las grandes empresas, las cuales veían en ella un medio para escapar de la trampa de la corrupción sin perder importantes encargos frente a competidores que recurrían a sobornos.”*

producción de pruebas para demostrar las causas del desacuerdo con la designación: quien fuera objetado era reemplazado sin más trámite.

La eficacia estuvo dada por el carácter público, ritual y participativo del procedimiento de observaciones al proyecto de pliego: quien tuviera algo que alegar debía hacerlo en las reuniones convocadas al efecto, cara a cara frente a los demás candidatos a oferentes, los funcionarios del organismo convocante y la organización no gubernamental garante de la transparencia y la buena fe de ambas partes.

Los funcionarios del Ministerio que intervinimos en la contratación (asesores del Ministro, profesionales de la Unidad de Financiamiento Internacional y de la Subsecretaría de Coordinación Administrativa, de la Dirección Nacional de Programas Compensatorios y equipos de pedagogos del Ministerio) trabajamos en la elaboración de la documentación contractual partiendo de la base del diagnóstico efectuado sobre las causas del fracaso de la contratación del año anterior y creando los mecanismos apropiados para evitar la reproducción de aquellas situaciones que habían sido motivo de cuestionamientos. Cada capítulo de dicha documentación se leyó y discutió en conjunto con los profesionales que la Fundación Poder Ciudadano afectó a este proyecto, quienes supervisaron la tarea, propusieron cursos de acción, recomendaron la introducción de instrumentos que no se habían utilizado antes y tomaron a su cargo el monitoreo de la ejecución de cada paso.

Bajo la conducción de Poder Ciudadano y con la concurrencia de los funcionarios que teníamos a cargo la redacción de los anteproyectos, se realizaron todas las reuniones con los responsables de las editoriales especializadas en libros de texto, todas las cuales fueron convocadas a participar. De cada reunión se labró la versión taquigráfica.

En esas ocasiones los representantes de las empresas tuvieron oportunidad de discutir con los demás actores, con absoluta franqueza, en defensa de sus intereses; efectuar críticas a los anteproyectos y observaciones o propuestas para los procedimientos; exponer públicamente sus opiniones sobre el contenido de los pliegos, sobre los plazos que se iban a fijar para los actos procedimentales y para la ejecución del contrato, sobre la intervención que a su juicio debían tener las jurisdicciones provinciales, sobre la forma en que debía asegurarse la ecuanimidad de los evaluadores, sobre cada uno de los parámetros de selección de las ofertas y sobre la consolidación, el embalaje y distribución de los textos, entre otras cuestiones.

Por último se redactaron, con el aporte de todos los participantes en las reuniones preparatorias, dos pliegos de bases y condiciones para regir sendos procedimientos (uno para la contratación financiada con fuente Tesoro Nacional y otro similar para la que contaba

con financiamiento externo) para lograr las mayores garantías para los participantes sin detrimento de la eficiencia, que combina eficacia con economía de tiempo y dinero.

La secuencia de los pasos seguidos fue la siguiente:

- 10 de octubre de 2003: Firma de Convenio entre el ex Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología y la Fundación Poder Ciudadano. Mediante este instrumento las partes acordaron la intervención de esta última con el fin de crear un escenario transparente para el desenvolvimiento del proceso de selección de textos escolares para Primer Año de las escuelas de la Educación General Básica (EGB), participantes del Programa Integral para la Equidad Educativa de la Dirección Nacional de Programas Compensatorios.
- Suscripción, juntamente con el convenio, del “Pacto de Integridad” entre este Ministerio y las empresas Editoriales de textos escolares, con el fin de asegurar la plena vigencia de los principios de equidad, confianza mutua, buena fe, transparencia, reglas de juego claras y un entorno imparcial, libre, competitivo y no sujeto a abusos por ninguna de las partes.
- El 22 de octubre de 2003 y en el marco del proceso consultivo previo a la contratación directa, tuvo lugar una Jornada de Debate, también con la presencia de la Fundación Poder Ciudadano y de las Editoriales convocadas, de la que se labró versión taquigráfica con intervención de especialistas de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.
- El 31 de octubre de 2003 se aprobaron las Bases para la Selección de Textos Escolares para Primer Año de la Educación General Básica (EGB).
- El 2 de noviembre de 2003 se publicaron avisos en los diarios de mayor circulación del país, comunicando a las Editoriales la iniciación del procedimiento de consulta, el lugar y el plazo fijados para retirar las Bases de dicha etapa, el listado de miembros de la Comisión Asesora Nacional y de las Comisiones Asesoras Provinciales y las declaraciones juradas de antecedentes de sus respectivos miembros, información que se publicó y se mantuvo permanentemente actualizada en la página web oficial de este Ministerio.
- Para asegurar la concurrencia, con fecha 3 de noviembre de 2003, se cursaron notas de invitación a la Cámara Argentina de Publicaciones, a la Cámara Argentina del Libro y a las Editoriales.

- De conformidad con lo dispuesto por las Bases se abrió a favor de las Editoriales un período para formular observaciones respecto de los miembros de las comisiones evaluadoras, durante el cual se recibieron presentaciones de diversas firmas, las que fueron resueltas por la Unidad Ejecutora Nacional mediante la Resolución UEN N° 1 de fecha 14 de noviembre de 2003, por la que se determinó la conformación definitiva de la Comisión Asesora Nacional, no habiéndose observado a los miembros de las comisiones provinciales.
- Dentro del término establecido por las Bases, las Editoriales interesadas procedieron a la presentación de muestras en la Dirección Nacional de Programas Compensatorios, las que fueron remitidas a la Comisión Asesora Nacional a los efectos de que emitiera sus recomendaciones mediante actas referentes a cada uno de los títulos analizados, fundadas en las pautas y criterios dispuestos en las Bases.
- El listado de los libros recomendados, juntamente con las muestras correspondientes, fue remitido a las Comisiones Asesoras Provinciales a los fines de que emitieran a su vez sus propias recomendaciones, las que luego fueron remitidas al Ministerio por las máximas autoridades educativas de las Provincias.
- El 11 de febrero de 2004 la Unidad Ejecutora Nacional elevó al Ministro de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación el listado de los títulos recomendados por la Comisión Asesora Nacional y un ejemplar de cada uno de ellos, las recomendaciones remitidas por cada Jurisdicción, el listado consolidado de los textos agrupados por editorial, con indicación de las cantidades parciales y totales de textos en condiciones de ser adquiridos y el listado consolidado a nivel nacional por títulos, empresas que los editan y cantidad de textos conforme con la matrícula.

Como se ha expresado anteriormente, en cada una de las instancias del procedimiento consultivo el Ministerio contó con el monitoreo de la Fundación Poder Ciudadano, la que verificó paso a paso el cumplimiento de los principios que sustentaron la celebración del Pacto de Integridad de fecha 10 de octubre de 2003.

El procedimiento de preselección llegó a su fin con una resolución por la cual el Ministro aprobó todo lo actuado durante el procedimiento consultivo para la selección de textos, aprobó el listado de textos seleccionados sobre la base de las propuestas remitidas por las Jurisdicciones, autorizó el gasto por la suma correspondiente, convocó a contratación directa para la adquisición de los mencionados textos y aprobó el Pliego de Bases y Condiciones que regiría la contratación.

Al cabo de estos pasos, quedó allanado finalmente el camino para la contratación directa con los editores de los títulos seleccionados, la cual se realizó sin ningún inconveniente, en los términos del artículo 25 inciso d) apartado 3. del Decreto N° 1.023/01, modificado por el Decreto N° 666/03³.

El éxito de las prácticas realizadas en el año 2004 llevó a replicarlas en el año siguiente para la adquisición de textos correspondientes al 2º y 3º AÑO DE LA EGB1, o su equivalente en las jurisdicciones que no implementaron la reforma de la Ley Federal de Educación, a las editoriales cuyas muestras resultaron seleccionadas mediante el procedimiento consultivo.

En la experiencia reseñada el poder de compra del Estado, trasuntado en su capacidad – tanto económica como de gestión- para efectuar una compra tan importante en volumen y valor económico, con tenía entidad suficiente para producir un profundo impacto en el mercado de esos bienes, confrontó con quienes integraban el sector del mercado potencialmente afectado, el cual en primera instancia tuvo la fuerza suficiente para impedir que la compra se llevara a cabo. En la segunda oportunidad, la introducción de nuevos mecanismos posibilitó el logro del objetivo.

3.5.1. Vulnerabilidades del Estado Presentes en Ambos Casos:

- El tiempo *corría en contra* de la Administración.
- Todos los potenciales oferentes conformaban un grupo pequeño y limitado de empresas.
- Los pliegos habían sido elaborados “en laboratorio”, sin una completa exploración del mercado.
- Los interesados se negaban a participar en la concreción del contrato, impidiendo a la Administración el logro de sus objetivos.

3.5.2. Fortalezas del Estado Presentes en Ambos Casos.

- El Estado desplegó en apoyo de su poder de compra su especial capacidad de convocatoria, emanada de su potestad de solicitar la colaboración de los particulares para cumplir sus fines de bien público. Por cierto que en el terreno contractual dicha

³ Dicha norma establece en su parte pertinente: “ La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos:...”3. La contratación de bienes o servicios cuya venta fuere exclusiva de quienes tengan privilegio para ello o que sólo posea una determinada persona física o jurídica, siempre y cuando no hubieren sustitutos convenientes. Cuando la contratación se fundamente en esta disposición deberá quedar documentada en las actuaciones la constancia de tal exclusividad mediante el informe técnico correspondiente que así lo acredite. Para el caso de bienes, el fabricante exclusivo deberá presentar la documentación que compruebe el privilegio de la venta del bien que elabora.”

colaboración es estrictamente voluntaria, no coercitiva⁴. No obstante, la negativa a colaborar por parte de sectores de la economía con alto grado de exposición pública aparecería como una obstaculización a la gobernabilidad, opuesta deliberadamente, lo cual dejaría *mal parada* a cada firma del sector ante sus pares, ante la sociedad y ante un importante cliente, como es el Estado.

- Los principios propios de la contratación pública⁵ (transparencia, concurrencia, competencia, publicidad, difusión) favorecieron la aplicación de las herramientas implementadas y con ello la solución de los problemas.

3.6. - Conclusiones

- El uso del poder de compra del Estado para imprimir dinamismo a la economía y promover el desarrollo de la sociedad puede ser una herramienta poderosa, pero a la vez dicho poder de compra aparece como una condición contingente, accidental, que puede o no utilizarse según los enfoques filosóficos o las ideologías políticas o las escuelas económicas predominantes en un determinado tiempo histórico.
- El poder de compra frente al cocontratante particular es un atributo reconocido al Estado por el derecho positivo vigente⁶, en virtud de sus fines de utilidad pública, aún cuando una parte de la doctrina se oponga a la legitimidad del régimen exorbitante hasta el punto de negar la existencia de contratos administrativos⁷.

⁴ Es coercitiva en los casos de: aportes previsionales, impuestos, tasas, contribuciones, expropiaciones, participación electoral, defensa de la patria, etc.

⁵ Decreto N° 1.023/2001, artículo 3°.

⁶ Decreto N° 1.023/2001, artículos 12, 13 y concordantes.

⁷ MAIRAL, Héctor A. De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo. E.D. Suplemento de Derecho Administrativo. 18 de Septiembre de 1998. Págs. 1/20.

4. COMPRAS Y CONTRATACIONES EN EL SECTOR SALUD

4.1. Introducción al Caso

En las anteriores secciones del presente documento se ha ido volcando un análisis teórico-práctico de diversas situaciones que afectan al sistema público de compras y contrataciones donde no siempre la norma y la práctica resultan concluyentes.

El sector salud constituye un caso particular dentro de los sistemas de contrataciones del sector público, debido a la influencia de diversos factores que generan inconvenientes para la aplicación de las normas generales establecidas por los distintos reglamentos. Se dan en el sector ejemplos relativos a la transparencia de los actos, a la suerte del llamado poder de compra del estado y a la necesidad de contar con modelos de renegociación para contratos de ejecución continua.

En la presente exposición se comentarán distorsiones reconocidos a través de la experiencia de uno de los autores del presente como Subgerente de Compras y Contrataciones del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), conocido como PAMI, entre julio de 2003 y mayo de 2007, incluyendo los logros obtenidos con la aplicación de nuevos criterios y la resolución de casos, como así también el funcionamiento de sectores del mercado.

4.2. Actores que Producen la Demanda

Entendemos como entidades “compradoras” del sector público de salud a:

- Ministerios o Secretarías de Salud y sus dependencias de nivel nacional, provincial o municipal, en cuanto a las adquisiciones que realizan para la provisión de los establecimientos asistenciales de su dependencia o la atención de beneficiarios de programas que administran.
- Obras Sociales en la provisión de elementos a sus afiliados que no son contemplados en los contratos prestacionales.
- Establecimientos Asistenciales para su funcionamiento y atención de los pacientes.

Estas entidades como cualquier otro ente público recurren al mercado para la adquisición de bienes y servicios destinados a su propio funcionamiento tal como:

- Edificios
- Equipamiento informático (hardware y software)
- Mobiliario
- Vehículos

- Equipamiento para confort
- Repuestos y accesorios
- Construcciones
- Servicios de mantenimiento
- Servicios de limpieza
- Servicios de seguridad
- Artículos de limpieza
- Artículos de librería
- Insumos de computación
- Combustibles y lubricantes
- Artículos y materiales de construcción
- Etc.

En todas estas contrataciones son válidos los procesos determinados en las normas generales de las respectivas jurisdicciones, no obstante caben posibilidades de excepción para los establecimientos asistenciales que se comentan más abajo.

Pero también las entidades de salud deben recurrir al mercado para la compra de bienes e insumos destinados a la atención de la salud de la población, tales como:

- Medicamentos
- Prótesis e implantes
- Ortesis
- Material descartable de enfermería
- Materiales, equipos y reactivos para laboratorio
- Gases medicinales
- Insumos para imágenes
- Equipamiento e instrumental médico
- Elementos de uso quirúrgico
- Servicios de alimentación para pacientes y personal
- Alimentación especial
- Recolección, transporte y disposición final de residuos patológicos y peligrosos
- Guardapolvos
- Ropa blanca
- Servicios de lavado de ropa
- Etc.

Se puede afirmar que sólo en los últimos tres rubros arriba enumerados se pueden encontrar condiciones de mercado asimilables a las del primer grupo de bienes y servicios, con excepciones que se comentan más abajo

Para referenciar económicamente la composición de las compras y contrataciones en el sector salud tomamos dos casos:

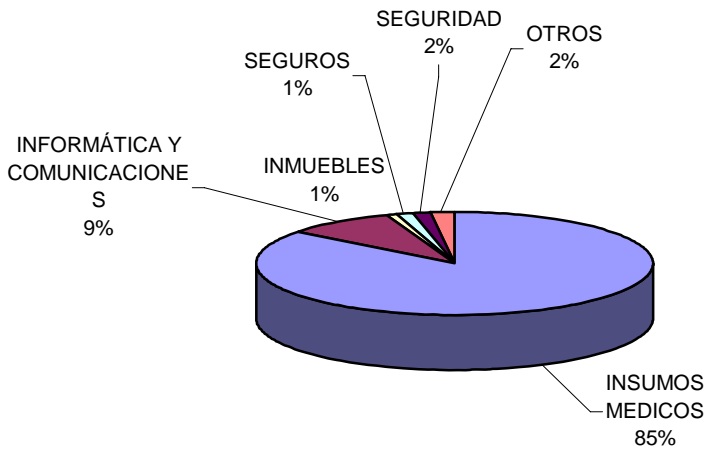
CASO A: Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), Nivel Central

La Subgerencia de Compras y Contrataciones del Nivel Central del INSSJP realiza los procesos de compra destinados a:

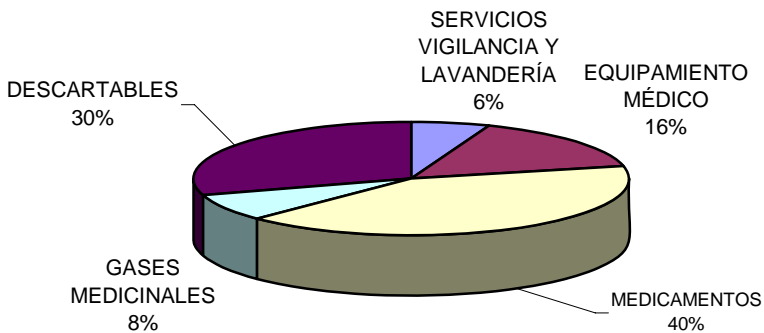
- Proveer las necesidades de bienes y servicios destinados al funcionamiento de las distintas áreas del nivel central y sus unidades dependientes, que está distribuido en tres edificios principales y otros de menor porte, más edificios destinados a talleres y depósitos, incluye el sistema de atención de emergencia en el Área Metropolitana de Buenos Aires.
- Proveer de bienes y servicios a las 35 Unidades de Gestión Local y sus dependencias localizadas en todo el país cuando el monto exceda los límites fijados para su trámite local.
- Realizar procesos de compra consolidada para la provisión centralizada de productos médicos destinados a los afiliados. Se entiende como provisión consolidada la que se realizan para adquirir productos y generar sistemas de abastecimiento para atender las necesidades de atención en todo el país.
- Realizar la adquisición de productos médicos destinados a los afiliados cuando se conceden excepciones sobre los abastecidos en forma consolidada o cuando esta consolidación no es conveniente por razones de volumen.
- Importar medicamentos que no se comercializan en el mercado local destinados a la atención de afiliados nominados, mediante el uso del sistema de valija diplomática de la Cancillería.
- Desde 2005 realizar las principales contrataciones para los únicos establecimientos asistenciales de su propiedad, Policlínicos PAMI I y PAMI II, ubicados en la Ciudad de Rosario, Prov. de Santa Fe.

Las órdenes de compra emitidas a través de la Subgerencia en el año 2006 (que se toma como referencia por ser el último ejercicio completo del período considerado) arrojan las siguientes relaciones económicas:

Compras y contrataciones destinadas al funcionamiento operativo del Nivel Central y Unidades de Gestión Local del Instituto y a la provisión de insumos médicos a los afiliados, total del ejercicio \$ 156.150.000:



Compras y contrataciones de bienes y servicios destinados al funcionamiento y atención de los pacientes de los Policlínicos PAMI I y PAMI II, el primero de 100 camas y el segundo de 250 camas, total del ejercicio \$ 9.206.000

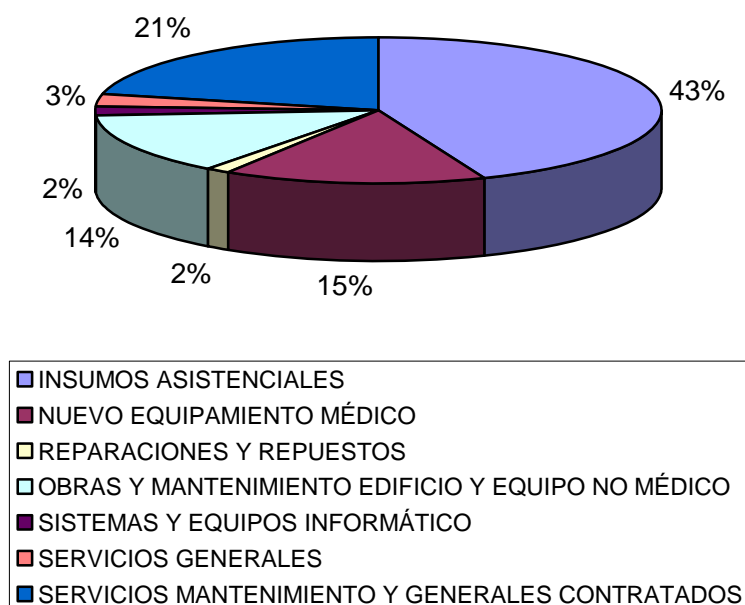


CASO B: Hospital de Pediatría S.A.M.I.C. Prof. Dr. Juan P. Garrahan

El Hospital de Pediatría Prof. Dr. Juan P. Garrahan es el establecimiento asistencial de mayor tamaño y complejidad del país para la atención especializada en pediatría, a su vez es uno de los más importantes hospitales, en general, si se considera su capacidad de atención.

Tiene una superficie cubierta de aproximadamente 65.000 m² y está construido sobre un predio de 105.000 m², delimitado por las calles Combate de los Pozos, 15 de Noviembre, Pichincha y Av. Brasil, en el Barrio de Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Tiene una capacidad cercana a las 500 camas, de las cuales el 25% se destina a Terapia Intensiva. Atiende 25.000 consultas mensuales y se realizan 10.000 intervenciones quirúrgicas anuales, incluyendo trasplantes de órganos y otras prestaciones de la más alta complejidad. Para su funcionamiento requiere una constante actualización tecnológica. Funciona como un ente autárquico y es gobernado y financiado en forma conjunta por el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través de sus respectivos Ministerios de Salud. Tiene su propio reglamento de compras y contrataciones.

El siguiente gráfico refleja la composición del presupuesto de compras y contrataciones para el ejercicio 2008, sobre un total de \$ 107.000.000:



En dicho presupuesto se consideran insumos asistenciales a:

- Medicamentos
- Material sanitario descartable
- Película, rollos, reveladores y otros para imágenes
- Reactivos para laboratorio
- Material para laboratorio
- Alimentos y productos nutreoterápicos
- Oxígeno y fluidos
- Otros

Entre los servicios contratados se incluyen los de alimentación y recolección de residuos patológicos con una participación 25% en el total del rubro.

Con la información arriba detallada se trata de reflejar el volumen económico de las transacciones del sector salud para la adquisición de bienes y servicios destinados a la atención médica.

El caso del PAMI se puede replicar en las obras sociales del sector público provincial y municipal y el del Hospital Garrahan en los grandes establecimientos asistenciales de todo el país. Para cuantificar exactamente el gasto se requiere un análisis pormenorizado de cada presupuesto que no está en el alcance temporal del presente trabajo.

Se excluyen en las referencias del presente análisis los contratos que las obras sociales en particular realizan para la atención médica de sus afiliados y los destinados a la dispensa de medicamentos.

En el primer caso porque no están incluidos en las normas generales de contratación de bienes y servicios, tal como puede observarse en el módulo de análisis normativo presentado por el Equipo de Contrataciones del Estado en el Observatorio de Políticas Públicas del año 2007, con la sola excepción del INSSJP.

Este Instituto sancionó en agosto de 2003 el Régimen General de Contrataciones de Bienes y Servicios y Prestadores de Servicios Médico Asistenciales y Sociales, que es una norma adaptada a las necesidades del Instituto en base al Régimen de Contrataciones del Estado Nacional, establecido por el Decreto Delegado N° 1023/01, pretendiendo incluir bajo una única norma todas esas contrataciones, con alguna diferenciación en cuanto a los prestadores asistenciales y sociales en los aspectos de control de la ejecución de contratos. A pesar de las transformaciones que se hicieron en el sistema prestacional, pasando de contratos con grupos gerenciantes a contratos directos con los prestadores, la aplicación del

Régimen de Contrataciones fue de carácter subsidiario, ya que se trata de contratos de adhesión con una oferta muy limitada, particularmente en algunas regiones geográficas, donde la selección se hace por razones de calidad, resultando necesaria también alguna negociación económica entre demandantes y oferentes. La única aplicación que se trató de realizar para la contratación de servicios sociales fue un llamado para contratar plazas hoteleras destinadas a afiliados que se trasladan a la Ciudad de Buenos Aires para su atención, que fracasó.

En cuanto a la dispensa de medicamentos en el caso del INSSJP se intentó una licitación pública EN 2004 para reemplazar o mejorar las condiciones de la contratación directa celebrada con las cámaras que reúnen a los laboratorios, aunadas en una UTE. La propuesta fracasó por el fuerte poder de este nucleamiento, que presentó la única oferta válida incluyendo el aporte del sector farmacéutico que obligó a una negociación posterior.

Recientemente, en octubre de 2008 se abrió otra licitación con el mismo fin y sus resultados nuevamente reflejan el poder hegemónico de esas cámaras, que genera un monopolio que no puede tener competencia y que se mantendrá mientras se mantenga un modelo que favorece esta concentración, sin perjuicio que pueda ser más eficiente en la práctica que otros modelos que introduzcan grados de mayor competencia.

4.3. Factores que Inciden en las Relaciones de Mercado

Cada una de las entidades compradoras de bienes y servicios para la salud, de acuerdo a su nivel y competencia se encuentra sometida a diversos factores que presionan la demanda, generando entre ellos podemos destacar:

a) Abastecimiento continuo:

- ♦ Las prestaciones médicas requieren que no haya interrupción en el abastecimiento de medicamentos, insumos de uso clínico, quirúrgico, de enfermería, de laboratorio, imágenes y otros. Si bien cada establecimiento tiene una estadística de uso, la programación de las compras debe ser acorde a la capacidad de oferta en calidad y cantidad, de almacenamiento y financiación. Deben analizarse alternativas más eficientes que no siempre se encuentran en los cuerpos normativos.
- ♦ En los contratos que realizan los establecimientos asistenciales por servicios tales como limpieza, alimentación de pacientes, vigilancia, mantenimientos de instalaciones y equipos, lavado de ropa, recolección de residuos patológicos se debe mantener continuidad en su ejecución para no paralizar o perturbar su

funcionamiento, pero que además requieren un aprendizaje específico por la naturaleza del medio donde deben desempeñarse y el contacto que puedan tener con usuarios internos y externos, por lo que, ante un buen cumplimiento de las obligaciones contractuales, la confianza derivada entre las partes es un factor de decisión a tener en cuenta, factor subjetivo que incide en el análisis de ofertas como así también en la voluntad de tratar de renegociar contratos.

b) Urgencia

- ♦ Las urgencias habituales que se presentan en la atención médica, cuando no se han establecido sistemas específicos para la obtención de los elementos que es necesario adquirir, obligan eludir cualquier sistema de compra, procediendo como caja chica. Todo establecimiento debe respaldar la atención de urgencias, no siempre los cuerpos normativos contemplan como hacerlo.

c) Avance científico y tecnológico

- ♦ El avance científico y tecnológico de la atención médica obliga a una renovación cíclica de equipamiento médico y deriva a la compra de insumos y productos médicos de última generación, la mayor parte de las veces protegidos por patentes o con fuerte concentración en el mercado de oferta.

d) Praxis médica

- ♦ La judicialización de la praxis médica también obliga a recurrir a las novedades tecnológicas. Cada profesional desea cubrir al máximo su responsabilidad y para ello debe tener a su alcance los medios que se lo permitan. En este sentido también surgen las exigencias de calidad de insumos particularmente de uso quirúrgico.

e) Presiones del usuario

- ♦ La información del usuario o la falta de satisfacción le permite presionar hacia la utilización de todos los medios disponibles en el campo médico por lo que es otro factor concurrente a la búsqueda de la mejor tecnología.

f) Mandas judiciales

- ♦ Cuando la presión del usuario no es atendida o cuando existen razones técnicas y/o económicas que justifican respuestas negativas, se pueden abrir los caminos de la justicia, particularmente para la obtención de beneficios de alto costo, generalmente mediante acciones de amparo. No son pocos los casos donde los jueces, basados en el riesgo a la salud o vida del demandante deciden dar lugar al amparo antes que atender la cuestión de fondo, con lo cual generan a quien da la cobertura a adquisiciones de urgencia, generalmente onerosas que, por

supuesto, no tendrán resarcimiento aún cuando la cuestión de fondo sea favorable al demandado.

A su vez la relación demanda-oferta en el mercado de bienes y servicios para la salud se encuentra condicionada por diversos factores que generan fallas a la libre competencia por lo que los habituales procedimientos de contratación terminan convirtiéndose en meros procesos burocráticos con un final de antemano conocido, entre ellos:

a) Monopolio u oligopolio

- ♦ Los **monopolios u oligopsomios**, que dan lugar a la cartelización, son habituales en la provisión de algunos medicamentos, sueros, gases medicinales, productos médicos implantables, equipos médicos, tanto en la producción nacional como en bienes de importación, que generalmente tienen escasos proveedores. Aunque las especificaciones de la demanda sean genéricas no es posible evitar la situación, debiéndose buscar otras alternativas para la competencia o evitar el abuso del proveedor por la situación dominante.
- ♦ Se registra también una **situación oligopólica** cuando se trata de la adquisición de bienes y servicios cuya provisión deba ser local en centros donde no abunda la oferta, vg servicios de limpieza o lavado de ropa.
- ♦ Un caso particular lo constituye la recolección, el transporte y disposición de residuos patológicos, que debe cumplirse de acuerdo a normas nacionales y locales, entre las cuales se cuentan la habilitación de las empresas, no siendo muy pocas en todo el país las que cuentan con la certificación correspondiente.

b) Oligopsomio

- ♦ Es una situación que se da cuando el desarrollo empresarial de los contratistas es dependiente de los contratos que reciben de una entidad o un pequeño grupo de entidades que, por su tamaño y capacidad de compra, se convierten en la principal fuente de ingreso para algunos proveedores. Estos oligopsomios a su vez crean situaciones oligopólicas ya que al crecer las empresas con los contratos de esos clientes se van convirtiendo en únicos proveedores factibles.
- ♦ Otro caso de oligopsomio es cuando un establecimiento asistencial se convierte en uno de los pocos clientes para la provisión de ciertos bienes y servicios escasos a nivel local. La situación que se crea es similar a la anterior pues quien obtiene el contrato va a crecer más que sus competidores locales y generará un poder monopólico.

- ♦ El contrato oligopsómico genera una situación de dependencia entre las partes, ya que el beneficio de uno va en perjuicio del otro. Estas situaciones no se resuelven con la aplicación llana de las normas públicas de contratación.

c) Dependencia:

- ♦ La dependencia de insumos, servicios de mantenimiento y repuestos que se genera al adquirir un bien de capital no es propia de las entidades de salud. En general la legislación la contempla como caso de contratación directa. Se da particularmente con los bienes informáticos. En el sector salud también encontramos casos particulares.
- ♦ Si bien es una variante monopólica su introducción viene generalmente a través de bajos costos de inversión inicial o la cesión sin cargo de los equipos. Por ello en el análisis de estas adquisiciones no sólo deben evaluarse los costos de inversión sino también los costos derivados de su uso durante toda la vida útil. Aunque en los pliegos se solicite información sobre los costos de uso, el compromiso de mantenerlos resulta relativo.

d) Dumping

- ♦ La práctica del dumping es frecuente en el mercado de la salud, ya sea para introducir nuevos productos en un país, como la República Argentina, que es gran consumidor y ávido de las novedades científicas y tecnológicas, o para destruir la competencia. El sector público no puede dar lugar a estas prácticas ya que finalmente irán en su propio perjuicio, debiendo evaluar con mucho cuidado cada caso.

e) Lobby

- ♦ Los agentes de propaganda médica o visitantes médicos son reconocidos lobbystas de los laboratorios para obtener la preferencia de los profesionales hacia sus productos. También ese lobby se ejerce mediante el patrocinio de actividades científicas, el otorgamiento de facilidades para el intercambio y actividades similares, que no excluyen participaciones económicas.
- ♦ Acciones similares son emprendidas por otros oferentes del mercado para la salud, como los proveedores de prótesis implantables y de equipamiento médico. No sorprende encontrar especificaciones técnicas copiadas de folletos.

4.4. Análisis de Gestión en el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados

En el siguiente cuadro da evolución económica de las compras tramitadas por la Subgerencia de Compras y Contrataciones en el período considerado (julio 2003-mayo2007), destinadas a la provisión de productos médicos para la atención de los afiliados:

| PRODUCTOS MÉDICOS | CANTIDAD | \$ | u\$s |
|------------------------------------|-----------|-------------|------------|
| PROTESIS E IMPLANTES TRAUMATOLOGÍA | 159.156 | 36.672.174 | |
| PROTESIS E IMPLANTES CARDIOLOGÍA | 22.482 | 32.830.889 | |
| LENTES INTRAOCULARES | 80.164 | 17.583.623 | |
| AUDÍFONOS | 54.371 | 3.448.259 | 6.916.764 |
| ORTESIS | 31.361 | 10.646.038 | |
| MESES ALQUILER OXIGENOTERAPIA | 76.522 | 26.679.924 | |
| M3 DE OXIGENO | 329.928 | 2.408.584 | |
| ELEMENTOS DE OSTOMÍA | 132.000 | 1.394.160 | 4.584.750 |
| MARCAPASOS | 23.881 | 3.121.775 | 15.280.165 |
| VACUNAS ANTIGRIPALES* | 3.140.000 | 679.983 | 11.878.800 |
| CARDIODESFIBRILADORES IMPLANTABLES | 718 | 6.118.309 | 4.085.488 |
| SILLAS DE RUEDAS COMUNES | 18.076 | 9.537.440 | |
| SILLAS DE RUEDAS ESPECIALES | 1.102 | 2.694.156 | |
| COLCHONES ANTIESCARA | 1.293 | 877.019 | |
| CAMAS ORTOPÉDICAS | 3.275 | 1.783.680 | |
| | | 156.476.013 | 42.745.967 |
| CONVERSIÓN A \$ 3,10/U\$S** | | 132.512.497 | |
| TOTAL PERÍODO | | 288.988.511 | |

*No incluye las vacunas adquiridas para la campaña 2004 ya que la operación se hizo a través de un convenio con el PNUD que no administraba la Subgerencia.

**Cotización media aproximada del período.

A esta cifra se le debe agregar un monto de u\$s 1.800.000 anuales que se gastan en la compra en el exterior de medicamentos para afiliados nominados, cuyo tratamiento no resulta posible con medicamentos que se comercializan en el mercado local.

El cuadro de situación al iniciarse la gestión, en julio de 2003, era el siguiente:

- Contrato capitado de provisión de prótesis implantables y elementos de cirugía general
- Provisión de marcapasos y cardiodesfibriladores por licitación con pliego en condiciones de exclusividad
- Contrato de provisión de oxigenoterapia domiciliaria capitado
- Demás insumos tramitados en forma individual, incluyendo los no cubiertos por los contratos capitados
- Rescisión de contrato capitado por provisión de audífonos
- Falta de stocks
- Dispersión de compras en las Unidades de Gestión Local

Se entiende por contrato capitado cuando una obra social cede la cobertura de la provisión de bienes o servicios a sus afiliados mediante un canon, denominado cápita, por cada uno de los afiliados que deba cubrir ya sea el universo o una parte del padrón.

En apariencia estos contratos son “de riesgo” para el contratista, que asume a su cargo la responsabilidad de la atención de esos afiliados, en la práctica el riesgo resulta mínimo pues, además de estadísticas conocidas de consumo, el contratista puede regular la prestación. Son contratos habituales para la atención médica y siempre esta forma de pago ha sido criticada por dar lugar subprestaciones y generar una disminución en la capacidad de control del contratante. En contrapartida aparece el pago por prestación donde el contratante es remunerado en base a las prestaciones realmente realizadas, pudiéndose mantener controles tanto por auditoría prestacional como a través del sistema de pago, este sistema da lugar a sobreprestaciones.

El primer objetivo de las autoridades que asumieron en junio de 2003 era satisfacer en algunos rubros la llamada “demanda contenida” que no era otra cosa que un atraso muy importante en la provisión de algunos insumos.

El paso siguiente fue buscar alternativas para centralizar o consolidar la compra de algunos elementos, con el fin de hacer valer el poder de compra, reordenar y distribuir mejor los stocks. Además era necesario disminuir la demanda individual ya que solamente el procedimiento administrativo originaba atrasos en las entregas y ni siquiera la urgencia podía ser atendida con la debida celeridad. A ello se sumaba que los procedimientos para satisfacer estas demandas no contaban con mecanismos que aseguraran la transparencia y la libre concurrencia.

La evolución de la consolidación se realizó mediante diferentes modelos que se comentarán más abajo y con éxito. Se trató de ir tomando en forma paulatina los elementos de mayor

demanda, incluyendo el reemplazo de los contratos capitados. No obstante no decayó la demanda individual, que se satisfizo mediante el procedimiento de trámite simplificado, establecido en el Régimen General de Contrataciones aprobado el 8 de agosto de 2003. No son ajenos a esta situación los factores comentados como presiones de los profesionales, los usuarios y la justicia, generalmente ante la aparición de innovaciones tecnológicas.

El siguiente cuadro grafica esa evolución, que sigue la misma tendencia en la actualidad, donde las licitaciones públicas y privadas sirviendo para la consolidación de las compras de elementos para atender necesidades de todo el país.

| Año | Licitación Pública | Licitación Privada | Trámite Simplificado |
|---------------------|--------------------|--------------------|----------------------|
| 2003 | 8 | 1 | 478* |
| 2004 | 2 | | 2327** |
| 2005 | 19 | 3 | 2374 |
| 2006 | 14 | 3 | 2474 |
| Enero- Mayo 2007 | 13 | | 1090 |

*Los trámites simplificados comenzaron a contabilizarse a partir de la puesta en marcha real del nuevo régimen en septiembre de 2003

**Dentro de estos trámites simplificados se contabilizan dos de gran volumen para reemplazar el contrato capitado de prótesis con urgencia, debido a la rescisión del mismo.

4.5. La Incorporación de Procedimientos Transparentes

En el Régimen de Contrataciones del INSSJP la licitación privada es un procedimiento de excepción por razones de emergencia y en estos casos también es aplicable el trámite simplificado por decisión de autoridad superior.

El trámite simplificado es un procedimiento que ha venido a reemplazar a la contratación directa del Régimen de Contrataciones del Estado Nacional, que se aplicaba en el INSSJP hasta la sanción de su propio régimen en agosto de 2003.

No obstante, adquiere dos características que lo diferencian: el límite superior es de \$ 30.000,00, salvo casos de emergencia o de riesgo a la salud o vida de los afiliados y

adquiere las formas que el Régimen del Estado da a la contratación directa por trámite simplificado.

En ese contexto normativo el procedimiento de trámite simplificado es aplicable a todos los casos donde se adquieren productos médicos concedidos en forma individual, ya que de alguna manera está comprometida la salud del beneficiario. Se pasa así de un procedimiento encuadrado como contratación directa, pero que no cumple en absoluto las primeras descriptas en los Decreto Nº 436/00 y 1023/01, en particular por la falta de publicidad y transparencia al trámite simplificado al que rápidamente se le incorporaron esos faltantes mediante la publicación de todas las contrataciones en la página de Internet www.pami.org.ar y la invitación por correo electrónico a todos los proveedores del rubro correspondiente inscriptos en el Registro de Proveedores del INSSJP, con lo cual se logró un incremento permanente de oferentes.

También se ha sido muy cuidadoso con la publicación de los llamados a Licitación Pública que, además de las invitaciones por las vías antes descriptas, deben publicarse en el Boletín Oficial y, cuando se estime necesario, en los diarios de mayor circulación. En este aspecto se trató que los plazos entre la publicación y la apertura fueran suficientes para que los potenciales interesados pudieran preparar sus ofertas, también se liberó la obtención de los pliegos que pueden obtenerse a través de la misma página de Internet, que se utiliza a su vez para la publicación de las circulares aclaratorias con y sin consulta.

La publicación en los diarios, aunque costosa, también sirve a transparentar cada llamado. Tanto en el período en análisis como en la actualidad las licitaciones son el motivo más frecuente de aparición del PAMI en los periódicos.

Cabe señalar que los procedimientos de selección como los canales de publicidad son válidos tanto para las adquisiciones vinculadas a la atención de los afiliados como a la de los bienes y servicios de uso operativo

4.6. Criterios Adoptados Frente a Irregularidades en el Mercado de Distintos Productos

1. Prótesis Implantables

Hasta mediados de 1998 el INSSJP compraba las prótesis implantables que distribuía a los afiliados mediante el Banco de Prótesis Central y los bancos locales.

Desde julio de 1998 esa provisión tercerizó mediante contratos capitados con tres empresas, que cubrían distintas zonas del país, cobrando un canon por cada afiliado de la

zona a su cargo, debiendo entregar en forma directa a las clínicas las prótesis para traumatología de origen nacional, vasculares, parches, suturas mecánicas, válvulas cerebrales, stents (sin montar) y válvulas cardíacas requeridas en internación quirúrgica. Fueron contrataciones directas que se prorrogaron hasta 2002. Un informe de la Auditoría General de la Nación realizado en el año 2001, publicado en Internet, cuyo anexo de observaciones se adjunta al presente, señala las irregularidades tanto en la forma de contratación como el control de la ejecución de los contratos.

En 2002 se realizó una licitación pública con el mismo fin, ahora abarcando la provisión en todo el país. Fue seleccionada una Unión Transitoria de Empresas conducida por las mismas firmas contratadas desde 1998 y otras que se agregaron. Asimismo se adicionó la provisión de lentes intraoculares. El valor del contrato era de \$1,35 por cada afiliado del Instituto. A partir del julio de 2003 grupo contratista ofreció un descuento del 15%.

La subprestación se hizo evidente, acompañando las subprestaciones de los servicios asistenciales contratados por el mismo sistema de capitación. La factura era la misma si se proveían o no los elementos. Asimismo siendo el INSSJP uno de los mayores consumidores de estos productos, se generó una dependencia económica de la mayor parte de las empresas proveedoras del mercado con respecto al grupo contratista.

Mientras se estaban estudiando alternativas para el reemplazo de esta forma de contratación que se suponía ineficaz y onerosa, se produjo su repentina rescisión por una denuncia de cohecho contra el principal responsable de la UTE. Ello motivó la necesidad de impulsar una de esas alternativas, utilizándose en primera instancia el procedimiento de trámite simplificado (con amplia publicidad) justificado en la urgencia y para contratación para un corto período.

En primer lugar era necesario atender la continuidad de demanda de prótesis traumatológicas y cardiovasculares, además de los elementos de cirugía general. El sistema adoptado consistió en preparar dos listados de elementos, uno para traumatología (74 elementos) y otro para cirugía cardiovascular y general que, en principio contemplaba 12 elementos. A cada uno de los componentes del listado se le asignó un precio que se llamó tope, tomando los precios más bajos del mercado.

Los oferentes debían presentar ofertas para la provisión de cada uno de los listados en los establecimientos asistenciales de las 36 Unidades de Gestión Local (U.G.L.), con un descuento general a aplicar sobre cada uno de los precios tope, debiendo indicar las U.G.L. donde ofrecía el servicio, constituyendo cada Unidad un renglón de la contratación, con ello

se daba la posibilidad a la participación de distintos proveedores libre competencia e independencia en la ejecución.

Pese a algunas confusiones iniciales por la novedad, el modelo fue bien aceptado por los fabricantes nacionales de prótesis traumatológicas que podían acceder directamente, colocando toda su línea de productos. No fue así por los proveedores de elementos de cirugía cardiovascular, la mayor parte de origen extranjero ya que ningún importador trae todos los renglones al país y era necesario minimizar la intermediación para bajar costos. Se optó entonces por facilitar la provisión de cada uno de los renglones para cada U.G.L. manteniendo los precios tope, lo que fue bien recibido. Posteriormente se fueron repitiendo los llamados a través de licitaciones públicas sucesivas que también fueron ampliando los listados de productos a proveer.

Durante el año siguiente mediante una licitación pública se contrató la provisión de las lentes intraoculares, también utilizando el precio tope. Esta vez se agruparon las U.G.L. por zonas geográficas, debido a la facilidad de envío del material obteniéndose también buenos resultados en cuanto a la competencia y la oferta de la mejor tecnología.

El cambio permitió:

- ♦ Libre competencia de proveedores, fabricantes e importadores directos, dentro de un mercado restringido de oferta para cada renglón.
- ♦ Que cada proveedor pueda limitar su oferta a su capacidad de producción y atención (se deben mantener bancos para urgencia en los establecimientos asistenciales)
- ♦ Establecer límites para evitar desequilibrios que puedan transformarse en situaciones oligopólicas u oligopsómicas.
- ♦ Que los precios tope fueran bajados considerablemente en las ofertas, incluso se fueron reduciendo en llamados posteriores.
- ♦ La atención de toda la demanda comenzando por una inicial atrasada, y una expansión posterior por mejor atención médica.
- ♦ Pagar por lo realmente entregado.
- ♦ Contar con toda la documentación legal para la comercialización de los productos médicos.

Como contrapartida puede considerarse que desde el punto de vista teórico se pudo haber solicitado oferta sobre cada elemento y no sobre un listado como en el caso de las prótesis traumatológicas, pero ello es irrealizable por la cantidad de elementos, pero además es una

forma de facilitar el servicio donde se pueden presentar alternativas en el acto quirúrgico que el proveedor deberá atender.

El problema que trajo fue de índole organizacional para la emisión de órdenes de compra, control de prestaciones y control de facturación, ya que se pasó de una orden de compra mensual con un único renglón a más de 100 órdenes de compra mensuales con un promedio 10 renglones cada una, con estructuras que no estaban habituadas a este volumen, que incluso se multiplicó aún más al haberse extendido el mismo sistema a la provisión de otros productos médicos.

Los siguientes cuadros contienen una evaluación de resultados tomando el período que va de diciembre de 2004 a mayo de 2007 y como referencia el contrato capitado durante sus últimos 24 meses:

PRODUCTOS MÉDICOS ADQUIRIDOS POR CONTRATOS CONSOLIDADOS

| | |
|---|---------------|
| Prótesis ortopedia y traumatología | 97.079 |
| Elementos quirúrgicos traumatología | 62.077 |
| Prótesis cardiología y cirugía general | 17.701 |
| Elementos quirúrgicos cirugía general | 4.781 |
| Lentes intraoculares | 80.164 |

COMPARACIÓN DEL GASTO

| Contrato | Meses | Gasto Total \$ | Gasto Mensual \$ |
|-------------------|--------------|-----------------------|-------------------------|
| Capitado | 24 | 85.482.638,60 | 3.561.776,61 |
| Pago por producto | 30 | 87.086.686,67 | 2.902.889,56 |

AHORRO

| | |
|-------------------|-------------------|
| Mensual \$ | 658.887,05 |
| Anual \$ | 7.906.644,63 |
| Porcentual | 18.50 |

2. Extensión del Modelo a la Provisión de Otros Productos

El mismo modelo de contratación de proveedores se aplicó luego a la provisión de oxigenoterapia domiciliaria, reemplazando también un contrato capitado, donde el proveedor se negaba a incorporar nuevos beneficiarios por la pérdida de valor del canon pactado.

Otras prestaciones se brindaban por contratos individuales que generaron conflictos porque el proveedor queda obligado con la provisión mientras no se disponga de un reemplazo al no poder (por el riesgo que representa) retirar los equipos del domicilio del beneficiario.

La nueva contratación se realizó en base a un listado de prestaciones que cotizaron los oferentes para cada U.G.L., mediante descuentos sobre precios tope. Se logró la participación de algunas empresas radicadas en las distintas regiones. Es un rubro donde incide fuertemente el costo del transporte y se presta a domicilio por lo que donde existen empresas locales o filiales de grandes empresas resulta factible obtener oferentes, siendo dificultoso en localizaciones alejadas o de baja densidad.

Por otra parte es un mercado altamente concentrado en la producción, por lo que las empresas productos ejercen un fuerte predominio, al actuar directamente o por medio de empresas subsidiarias.

También se extendió el modelo a la provisión de ortesis y elementos de ayuda externa. Se trata de elementos de construcción artesanal que requieren la atención directa sobre el usuario. Con el modelo se obtuvo ventajas económicas, la cobertura en la mayor parte del país y, como hecho principal, acelerar la respuesta ante las necesidades.

Como defectos en estos casos surgen la concentración de adjudicaciones en empresas radicadas en el Área Metropolitana con sucursales o subsidiarias en el interior, aunque en las sucesivas licitaciones se incrementó la participación de empresas locales y también la imposibilidad de alternativas para el beneficiario, en un mercado con diversidad de oferta.

3. Audífonos

El inicio de la gestión con la rescisión de un contrato capitado para la provisión de audífonos a los afiliados del INSSJP, debido a que el contratista había dejado de efectuar las prestaciones. Ello originó una gran demanda contenida que se calculó inicialmente en aproximadamente 18.000 unidades, por lo que para atenderla y también para satisfacer la evolución futura era necesario proceder a la adquisición de 23.000 unidades para proveerlas en el término de un año.

Se trata de productos de importación y esa demanda es muy fuerte para el mercado local. Ante consultas las principales empresas del sector respondieron que no estaban en condiciones de satisfacerla en forma individual por lo que proponían al Instituto un proyecto que permitiera que varias empresas fueran adjudicatarias.

La prestación incluye la importación y provisión del aparato y los servicios necesarios para su adaptación al usuario, que deben prestarse localmente. La licitación pública se hizo para

la presentación de ofertas en condición FOB, importando el INSSJP con las ventajas impositivas que se ofrecen a través del Decreto N° 732/1972 y sus sucesivas prórrogas y la Ley de Emergencia Económica, que contiene la Emergencia Sanitaria, que también ha merecido sucesivas prórrogas. No obstante el pago incluye un porcentaje en pesos a ser liquidado luego de la recepción del audífono por cada usuario. A los oferentes se les requirió capacidad para la importación, convenio con empresa productora, y una red de servicios de fonoaudiología para atender a los afiliados. El pliego contemplaba la posibilidad de más de un adjudicatario.

El resultado fue sorprendente pues las empresas consultadas se cartelizaron en un precio de alrededor de u\$s 280,00 la unidad analógica (los audífonos son analógicos o digitales y éstos constituyen el 10% de la demanda), cuando lo habían estimado en consultas previas en aproximadamente u\$s 200,00, y el costo estimado en el Instituto era de u\$s 220,00. Empresas de menor peso en el mercado presentaron ofertas con precios menores y así fue como una de ellas fue adjudicataria, aunque con una limitación del 50% sobre el requerimiento total.

La empresa adjudicataria creció ostensiblemente con el contrato lo que le permitió ir presentando ofertas cada vez mejores en posteriores llamados, convirtiéndose en la proveedora de audífonos del país con mayor volumen de ventas, apoyada en una excelente red de servicios fonoaudiológicos.

Pese a la ventaja económica y la calidad del servicio se fue creando una situación no deseada de oligopsomio, con las consecuencias vistas más arriba. Por ello se buscaron nuevas segmentaciones que permitieran la participación de otras empresas que ofrecían buenas condiciones económicas y de servicio pero acotados a algunas localizaciones geográficas. Generando asimismo nuevas condiciones de competencias.

El siguiente cuadro muestra la evolución que se obtuvo en precios, en las dos primeras filas se expresan los precios promedio en pesos para compras individuales, en el tercer renglón el estimado para la primera licitación pública realizada en 2004 y los subsiguientes las cotizaciones de adjudicación, precios promedio que pondera la incidencia de unidades analógicas y digitales.

| AÑO | MONEDA | PRECIO PROMEDIO |
|------|--------|-----------------|
| 2003 | \$ | 1.565 |

| | | |
|---------------|------|-------|
| 2004 | \$ | 1.310 |
| Estimado 2004 | u\$s | 220 |
| 2004 | u\$s | 166 |
| 2005 | u\$s | 151 |
| 2006 | u\$s | 143 |
| 2007 | u\$s | 121 |

4. Marcapasos y Cardiodesfibriladores Implantables

El INSSJP es el principal comprador de marcapasos del país debido a las afecciones y edad de sus afiliados. A los marcapasos se agregó desde fines de la década de los '90 el implante de cardiodesfibriladores que a la función del marcapasos agrega un shock eléctrico que impulsa los latidos al disminuir su frecuencia, su implante se utiliza en casos de prevención de muerte súbita de pacientes con afecciones cardíacas graves y para corregir taquicardias ventriculares, que generalmente son secuencias de la enfermedad de Chagas-Mazza. Se producen en Estados Unidos y algunos países europeos. Las adquisiciones para stock se realizan en condición FOB.

En razón de la crisis económica de principios del presente siglo y los altos costos en la compra de estos elementos se había requerido que el oferente realizara también la reesterilización y ajuste de los equipos que, con hasta dos años de uso, se explantaran de pacientes fallecidos y así puedan ser reimplantados en otros pacientes, exigiendo garantía de fábrica para esa operación.

De acuerdo a normas de origen sólo una empresa alemana estaba en condiciones de ofrecer tal servicio, por lo que la condición establecida generó un monopolio a favor de su representante en el país. A pesar de ser un mercado compuesto por un grupo pequeño de empresas proveedoras la situación se hizo insostenible debido a que técnicamente no se aceptaban otras garantías ofrecidas por el resto de los proveedores, representantes de las marcas más reconocidas a nivel mundial.

Por la Resolución N° 244/03 del Ministerio de Salud se establecieron normas a cumplir para el explante, reesterilización e implante de prótesis que vino a generar controversias entre las partes.

En el caso de los marcapasos, las compras alcanzan un promedio de 6.000 unidades anuales por lo que la tasa de riesgo que asume el proveedor es baja en cuanto a dar ese servicio. Según estadísticas de dudosa credibilidad la tasa de marcapasos reesterilizados alcanzaba del 15% al 25%.

La primera opción para abrir el mercado fue flexibilizar las exigencias para la reesterilización, resultando adjudicataria la misma empresa en los renglones de mayor valor económico con una baja significativa de precios, incluyendo mejoras en la propuesta de reesterilización. En compras subsiguientes la reesterilización surgió como un adicional a ofrecer, con lo cual quedó totalmente abierto el mercado, no obstante se registraron aumentos en los precios por la valorización del euro.

A principios de 2003 se había realizado una licitación para la compra de cardiodesfibriladores implantables para stock que fue muy observada pues también se incluyó la exigencia de condiciones de reesterilización como en marcapasos generando el mismo monopolio. Las empresas productoras y sus representantes en el país son las mismas que las de marcapasos.

En realidad ha habido históricamente un único caso de cardiodesfibrilador rehusado, pues se agotan en las crisis de los pacientes y el proceso de explante es complicado.

Los cardiodesfibriladores, como los marcapasos, son unicamerales o bicamerales, teniendo estos últimos un precio superior que oscila entre el 20% y el 40%. Debido a la controversia generada por la licitación comentada a partir de 2003, agotados los stocks por una demanda que superó las previsiones, nuevamente se tuvo que proveer estos elementos en forma individual, en estos casos no se puede exigir la reesterilización pues se trata de compras unitarias por lo que el riesgo para el oferente es indefinido.

Al mismo tiempo se realizaron procesos licitatorios que fracasaron, donde se flexibilizó la reesterilización, que se eliminó posteriormente como en el caso de los marcapasos. El fracaso se debió más a situaciones derivadas de controversias entre las empresas proveedoras que por un lado aparecían como rivalizando y por el otro se podían observar actitudes oligopólicas. Estas controversias llegaron a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia y hubo también acciones judiciales.

Finalmente con la aparición de un nuevo proveedor en el mercado, representante de una prestigiosa firma norteamericana, se logró un primer éxito adjudicando 13 equipos por trámite de urgencia y se fue notando una reducción progresiva en los precios que se representa en el siguiente cuadro, donde se representan las adquisiciones realizadas en plaza, pagadas en pesos y por unidades destinadas a satisfacer demandas individuales, y las compras realizadas por licitaciones públicas, de carácter consolidado, en condición FOB.

El cuadro no sólo demuestra un marcado descenso de precios tanto en plaza como de importación, sino también revela una caída del consumo, quizás por falta de incentivación debido a esa baja de precios.

| CARDIODESFIBRILADORES ADQUIRIDOS EN PLAZA | | |
|--|-----------------|-----------------------------|
| Año | Cantidad | Precio promedio \$ |
| 2003 | 36 | 60.015,56 |
| 2004 | 134 | 29.535,44 |
| 2005 | 9 | 30.480,12 |
| CARDIODESFIBRILADORES ADQUIRIDOS EN CONDICION FOB | | |
| Año | Cantidad | Precio promedio u\$s |
| 2003 | 115 | 13.380,89 |
| 2004 | 181 | 6.916,00 |
| 2005 | 252 | 5.138,08 |
| 2006 | 0 | |
| 2007 | 77 | 4.837,01 |

5. Breve Síntesis sobre la Situación de Mercado para Otros Productos Médicos

a) Sillas de ruedas

- La producción de sillas de ruedas en modelos comunes, en calidad y cantidad suficiente para satisfacer las necesidades de una obra social como el INSSJP, está al alcance de tres empresas, mientras que una cuarta las importa de Chile. Se observa claramente la situación dependiente de oligopsomio-oligopolio, que podría producir perjuicios a los productores nacionales si se recurriera a la importación masiva.
- La capacidad de producción de sillas de ruedas a medida también es limitada. Para atender la demanda se debe recurrir a productos de media o baja calidad, ya que son pocas y pequeñas las empresas que disponen de la mejor tecnología y algunas no aceptan las condiciones de compra que impone el sector público.

b) Elementos de ostomía

- El mercado internacional está dominado por pocas grandes empresas que también están representadas en el país y actúan en relativa competencia. Existen algunas pequeñas industrias nacionales pero su producción es reducida y la calidad observada. La centralización de la compra, en condición CIF, permitió bajar en un 50% los precios que pagaban las Unidades de Gestión Local, incluyendo ahora la distribución domiciliaria a los beneficiarios, con lo que se asegura el abastecimiento.

c) Vacunas antigripales

- Las licitaciones que se han realizado en condición FOB o CIF para atender las campañas anuales de vacunación, sólo sirvieron para demostrar alguna competencia entre las empresas proveedoras internacionales, que ajustan las cantidades ofrecidas de acuerdo a la demanda internacional, observándose complementariedad entre los oferentes, por lo que terminan todos siendo beneficiarios de una parte de la adjudicación. Realizan un manejo oligopólico.

d) Implantes cocleares

Con tres empresas que ofrecen en el país estos implantes, cuyo costo oscila entre u\$s 18.000 y u\$s 25.000, al que deben agregarse los costos médicos quirúrgicos y post-implante, se observa que la competencia está determinada por el lobby a través de las presiones que realiza cada profesional a favor de la marca de su preferencia.

e) Prótesis traumatológicas importadas

- Es también un mercado fuertemente dominado por el lobby, presiones de usuarios, mandas judiciales y praxis médica. La compra consolidada de estos productos puede originar un vuelco de preferencias sobre los nacionales que significará un fuerte incremento de costos.

6. Breve Síntesis sobre las Situaciones de Mercado Relativas al Abastecimiento Hospitalario

a) Servicios de alimentación

- La instalación de un servicio de alimentación hospitalario requiere una serie de inversiones, incluyendo capital humano, que obligan a que los contratos sean de mediana duración, por lo que se deben imponer normas de renegociación. No son pocos los establecimientos que, a pesar de realizar licitaciones de renovación, mantienen el mismo proveedor durante el mismo período, circunstancia que muchas veces resulta favorable a ambas partes

frente a un servicio aceptable. Se observan también acuerdos entre los proveedores para que cada uno mantenga el lugar obtenido.

b) Recolección, transporte y disposición de residuos patológicos

- Los establecimientos están legalmente obligados a contar con estos servicios. Las empresas habilitadas por la Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable son solamente 15 en todo el país, de las cuales 12 se domicilian en el Área Metropolitana. Fácilmente se crean condiciones oligopólicas que obligan a mantener un mismo proveedor, es otro rubro donde podría imponerse la renegociación más que una renovación anual que es irreal.

c) Reactivos para laboratorio

- Siendo la mayor parte de las determinaciones automatizadas se está ante una situación de dependencia de insumos que son distintos para cada equipo. Los laboratorios emplean distintos métodos de lobby para ingresar, incluyendo el préstamo “sin cargo” de los equipos para conocerlos y observar los resultados. El aprendizaje de las técnicas también genera condiciones favorables para la continuidad del contrato.

d) Gases medicinales

- La provisión de gases medicinales, a granel o envasados, a los establecimientos asistenciales demuestra con mayor precisión la concentración y cartelización del mercado, donde las empresas se complementan para dar los servicios, siendo en estos casos aun más reducido el número de posibles oferentes. En general tratan de mantener cada una, por acuerdos, los establecimientos donde tuvieron que realizar instalaciones fijas.

BIBLIOGRAFIA

- Constitución Nacional
- Código Civil
- Decreto-Ley 5340 Regimen de "Compre Argentino"
- Ley 12.910
- Ley 13.064. Régimen de Obras Públicas
- Ley 18.875. Regimen de "Contrate Nacional"
- Ley 19.549. Procedimientos Administrativos
- Ley 23.697
- Ley 23.928 Convertibilidad del Austral
- Ley 24.759. Convención Interamericana contra la Corrupción
- Ley 25.152
- Ley 25.551, Decreto N° 1600/02
- Ley 25.561. Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario
- Ley 26.339 Prórroga Emergencia Pública
- Régimen de Contrataciones de Bienes, Servicios y Prestadores de Servicios Médico Asistenciales del INSSJ
- Decreto N° 2930/70
- Decreto N° 1224/89
- Decreto Nro. 2284/91
- Decreto N° 436/00
- Decreto N° 909/00
- DecretoN° 1023/01. Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional,
- Decreto N° 293/02
- Decreto N° 1.090/02
- Decreto N° 1273/02
- Decreto N° 1172/03

- Resolución Msal N° 244/03
- Ley N° 104 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio de Washington de 1965) CIADI
- Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo T° III –A, pág. 473, Abeledo Perrot, Buenos Aires)
- Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación
- Fallos Suprema Corte

ANEXO
AUDITORÍA GENERAL DE LA NACION
INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES
PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS
SERVICIO DE PROVISION DE PROTESIS Y ORTESIS
PERIODO 12/03/97 AL 28/12/01
OBSERVACIONES

- Inexistencia de actuaciones administrativas sobre el origen y trámite de selección y contratación de las gerenciadoras BIOIMPLANT y ANGIOCOR.
- Ausencia de análisis de costos respaldatorios de la razonabilidad del precio de la cápita convenida.
- No se establecieron penalidades ni cargos compensatorios por falta de entrega de los elementos comprometidos.
- Los contratos no previeron como obligación de las gerenciadoras, el suministro de tasas de utilización periódicas por elemento individual o al menos por tipos de prótesis. Como consecuencia de ello el Instituto no recibió de las mismas ninguna información sobre el grado de cumplimiento de sus obligaciones. Ni tampoco realizó acciones tendientes a revertir esta situación.
- La Subgerencia de Control Prestacional nunca auditó la gestión de las gerenciadoras BIOIMPLANT y ANGIOCOR durante el período considerado, dependencia que justificó su prescindencia en el control de este servicio, en la falta de acceso a los contratos.
- No se realizaron auditorías a las áreas sustantivas centrales, responsables éstas de la administración y control tanto del sistema tercerizado de provisión de prótesis como por la compra directa.
- No existían manuales ni normas de procedimiento que regularan adecuadamente la tramitación y control de los pedidos, admisión y provisión a los afiliados de las prótesis adquiridas por el Instituto que se encontraban fuera del convenio de provisión tercerizada con BIOIMPLANT y ANGIOCOR. Esta omisión es relevante habida cuenta la importancia económica de los montos involucrados en el circuito. Por compra directa se adquirieron elementos por un total de \$ 8.013.019 durante el año 2000.
- En los expedientes de pago de BIOIMPLANT y ANGIOCOR no obraba la certificación de la prestación del servicio.