



Gobierno de la Provincia de Mendoza - República Argentina

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: OPINION CONSULTIVA SOBRE CONTRATACIONES DE ACUERDO MARCO

A: Cont Paula Allasino (CGPROV#MHYF),

Con Copia A: Cont Reynaldo Narvaez (CGPROV#MHYF), GUSTAVO BOULLAUDE (DAJ#MEIYE), Abel Albarracin (FISCESTADO),

De mi mayor consideración:

Ref. “EX-2021-03217922-GDEMZAMESA#MEIYE”

**OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE CONTRATACIONES DE “ACUERDO MARCO”
Y “ACTOS DE RECONOCIMIENTO DE GASTOS O DE LEGÍTIMO ABONO”**

En las actuaciones de referencia Contaduría General de la Provincia consulta a esta Dirección General de Contrataciones Públicas sobre el momento en que se perfeccionan las contrataciones para cada uno de los organismos que accede al catálogo de oferta permanente en los términos del art. 150 de la Ley 8.706.

Revisados los antecedentes del caso que motiva la consulta, se verifica que el Ministerio de Economía y Energía dispuso de los servicios de limpieza prestados por el proveedor seleccionado en el Convenio Marco (también llamado “Catálogo de Oferta Permanente”), entre los meses de enero y junio de 2021, sin haber emitido la Orden de Compra requerida por el Art. 141 de la ley 8706 y su Decr. Regl. Nro 1000/2015.

Ante esta situación, se verifica también que tanto la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía como la Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, a través de sus respectivos dictámenes, han coincidido en señalar que **el supuesto en cuestión no encuadra en la figura del “reconocimiento de gasto” regulado por el Art. 151 de la Ley 8706 toda vez que al haberse adjudicado el Acuerdo Marco, la contratación queda perfeccionada desde el momento en que es notificado dicho acto al proveedor.** En este sentido, la Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado, adhiriendo a los conceptos vertidos por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Energía en orden 32, afirma que *“las contrataciones de convenio marco previstas en el art. 141 de la Ley N° 8706 serían análogas a los contratos de suministro reguladas en el art. 1176 y cc. del CCyCN –Ley N°*

26.994-, *entendiendo por lo tanto que resultan aplicables al caso las disposiciones del art. 87 de la ley 8706, toda vez que la relación contractual efectivamente se ha perfeccionado con la notificación de la adjudicación al proveedor de la Licitación de Convenio Marco (específicamente a través de DI-2019-122-E-GDEMZADGCPYGB#MHYF2) conforme lo precisa el art. 150 de la Ley N° 8706.*”

Al respecto, se considera que la cuestión presenta algunas aristas adicionales que pueden complementar el estudio hasta aquí realizado.

Es cierto que el concepto jurídico de “contrato” es el mismo tanto en el derecho público como en el derecho privado. También lo es que su régimen se abastece con ambas fuentes o ramas jurídicas citadas –considero sin embargo que el sistema de prelación basado en la supremacía del derecho público, actualmente se encuentra desplazado por un sistema donde ambas fuentes normativas, de derecho público y de derecho privado, dialogan y se complementan entre sí (conf. la Exposición de Motivos de los redactores del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación)-.

Ahora bien, existe una diferencia relevante entre ambos regímenes contractuales: **la formación del consentimiento en una contratación privada está sujeta al principio de la “libertad de formas” (Art. 1015 CCCN), mientras que en una contratación pública, dicho consentimiento está acotado a las formas y procedimientos expresamente previstos en la ley (Art. 37 Constitución de Mendoza, Art. 112 inc. I y IV Ley 9003, Art. 139 a 145 ley 8706).**

He aquí entonces la pauta interpretativa fundamental que nos permite dividir las aguas entre lo que es una “contratación pública regular” y la figura del “reconocimiento de gasto o legítimo abono” prevista por el Art. 151 de la Ley 8706, también denominada como “cuasicontrato”.

Cuando hablamos de “cuasicontrato” o “legítimo abono”, nos referimos a la figura que tan bien explica el maestro Marienhoff, quien en su clásico Tratado nos dice que *“por cuasicontrato ha de entenderse, en general, el hecho o acto voluntario lícito que produce efectos semejantes a los contratos, sin existir acuerdo de voluntades ni consentimiento sobre lo que es materia concreta de tal hecho o acto...”* (MARIENHOFF, Miguel Santiago, “Tratado de Derecho Administrativo”, t. III-B, p.701 y sigtes.). En sentido concordante, Díez afirma que *“la noción de cuasicontrato, cuando no existe un acto o un contrato administrativo, puede comprender cualquier hecho jurídico subjetivo idóneo para producir alguno de los efectos que normalmente son propios del acto administrativo o del contrato de derecho público...”* (DÍEZ, Manuel María, “Derecho Administrativo”, t. III, p. 68.).

La primer conclusión a la que podemos arribar entonces es que sólo cabe referirse a un “reconocimiento de gasto” o “cuasicontrato” cuando el vínculo con el proveedor NO se ha formalizado a través de alguno de los procedimientos de contratación previstos por la normativa, es decir mediante alguno de los mecanismos de formación del consentimiento contractual establecidos por los Arts. 139 a 145 de la Ley 8706, a saber: a) licitación pública, b) licitación pública de Convenio Marco, c) contratación directa.

Por cierto, cuando hablamos de **PROCEDIMIENTO FORMAL DE CONTRATACIÓN**, nos referimos al trámite de formación del consentimiento o voluntad administrativa, el cual se integra básicamente, por un lado, con los actos preparatorios y/o complementarios también denominados “meros actos de la administración” –por ej. los dictámenes e informes regulados por los Arts. 110 y 111 de la ley 8706; o los actos de ejecución presupuestaria regulados por los Arts. 91 y 92 de la ley 8706, etc-; y por el otro, dicho “procedimiento contractual” se consolida o completa con las decisiones que adopta la autoridad competente, las cuales se formalizan a través del dictado de un **‘ACTO ADMINISTRATIVO’** (en la jerga de la Administración se lo denomina como “norma legal”), cuyo fin inmediato es **aprobar la celebración de la contratación pública** (conf. Art. 29, 112 inc. I) ap. 1 e inc. IV) Ley 9003).

Ahora bien, debemos recordar a renglón seguido que no todos los procedimientos de contratación pública tienen el mismo trámite, o sea la misma forma gestión y de aprobación.

En efecto, tratándose de contratos derivados de licitación pública tradicional (Art. 140 Ley 8706) la

formación o procedimiento de contratación se divide en dos grandes etapas: 1º) la etapa de la autorización previa de la convocatoria de ofertas (aquí hay un primer acto administrativo o decisión de la autoridad competente que define los elementos estructurales y las condiciones del contrato proyectado como asimismo la reserva presupuestaria preventiva para ese gasto estimado), 2º) la etapa de selección del proveedor y aprobación de la contratación (aquí hay un segundo acto administrativo de “adjudicación”, cuya notificación perfecciona el contrato con el proveedor adjudicatario). El régimen pormenorizado de este procedimiento de contratación, que es el ordinario, está contenido básicamente por lo dispuesto en los Arts. 140 y 144 in fine Ley 8706, Arts. 139, 143 y 144 del Decr. Regl. N° 1000/2015)

Por su parte, tratándose de contrataciones directas (Art. 144 ley 8706), ya sea con o sin convocatoria pública de ofertas, en ellas el procedimiento respectivo presenta una gestión simplificada, no solo porque se flexibiliza la forma del acto aprobatorio de la contratación (el acto administrativo de adjudicación) sino porque además el trámite es –o debería ser– más abreviado, justamente en razón de la naturaleza de esta contratación (directa).

En efecto, **en estos casos (contratación directa) la voluntad administrativa o consentimiento se formaliza mediante la “solicitud o requerimiento de contratación” y/o mediante la respectiva “orden de compra”, debiendo por lo tanto considerarse que estos dos actos contienen al “acto administrativo” aprobatorio de la contratación.** Este procedimiento de contratación “directa” se encuentra regulado por el Art. 144 del Decr. Regl. N° 1000/2015, según el cual “la intervención de la autoridad competente en la solicitud de requerimiento de los bienes a adquirir y/o los servicios a contratar”, constituirá acto suficiente para dotar al trámite de todos los efectos legales. Bajo la misma consigna formal, la norma citada describe luego este procedimiento simplificado para las contrataciones directas “por monto menor” (Art. 144 inc. a) Ley 8706), con y sin publicación de convocatoria de ofertas, señalando que para estos casos “*será suficiente la intervención de la autoridad competente en la solicitud de requerimiento, la cual deberá contener la información mínima indicada en el tercer párrafo del presente artículo, en la orden de compra y en el documento comercial que acredite la contratación, sin necesidad de dictado de norma legal de autorización y adjudicación y/o aprobación*”.

A esta altura, podemos asentar una segunda conclusión: **hay procedimiento regular de contratación cuando la autoridad competente aprueba la celebración de un contrato con un proveedor determinado mediante el dictado del acto administrativo correspondiente. Si dicho acto falta o está ausente, habrá un procedimiento inconcluso o irregular, en cuyo caso la ejecución de la adquisición o prestación del servicio, debería encuadrarse en la hipótesis del “legítimo abono” o “cuasicontrato”.**

Analizamos a continuación lo que consideramos como la tercer especie de procedimiento de contratación aplicable a las contrataciones públicas de la Administración Provincial: las contrataciones que tienen por objeto la adquisición de bienes y servicios disponibles en un Acuerdo Marco o Catálogo de Oferta Permanente, regulados por el Art. 141 de la Ley 8706.

Conviene adelantar que estamos frente a un procedimiento complejo. Se trata de un procedimiento que presenta dos etapas claramente diferenciadas: a) la formación del Acuerdo Marco mediante la selección de los proveedores que ofrecen sus bienes y servicios elegibles, b) el perfeccionamiento posterior de las transacciones o adquisiciones por parte de los organismos demandantes de esos bienes y servicios –se observa que en países como Estados Unidos, Gran Bretaña y otros del continente europeo, donde los Acuerdos Marcos existen desde principios de este siglo XXI, se habla de los “contratos derivados” o “contratos basados” para referirse justamente a las transacciones que operan en esta segunda etapa antes señalada-. Lo cierto es que esta dualidad de “etapas” propia del procedimiento licitatorio del Acuerdo Marco, cada una de ellas con los efectos que se han descrito, es así reconocida por todos los países que han contemplado al Acuerdo o Convenio Marco dentro de sus respectivos regímenes de contrataciones públicas (ver <http://ricg.org/es/datos-regionales/convenios-marco/>).

La doctrina experta en la materia corrobora lo expuesto al definir al Acuerdo o Convenio Marco como “*aquella modalidad de proceso complejo que tiene la virtud de agregar la demanda de bienes y servicios y posibilitar una compra ordenada, homologada y ágil de parte de las entidades, donde se distinguen dos*

etapas: la de selección y la operativa, es decir, aquélla en que las entidades compradoras hacen sus adquisiciones (González, Jorge Luis; ex Director del Instituto Nacional de Contratación Pública de Ecuador (INCOP), ex miembro y ex Presidente de la Red Interamericana de Compras Gubernamentales (RICG), en <http://ricg.org/es/publicaciones/nuevos-desafios-sobre-convenios-marco/>)

Conforme lo expuesto hasta aquí, la respuesta que correspondería dar a la consulta realizada por Contaduría General, respecto de cuál es el momento en que se perfeccionan las contrataciones de Acuerdo Marco, es la siguiente: **las compras de Acuerdo Marco se perfeccionan cuando, dentro de la segunda etapa operativa del mismo, la autoridad competente aprueba la respectiva contratación con un proveedor determinado. O sea, la contratación se perfecciona en estos casos con los “contratos derivados”.**

En este sentido, uno de los autores que mejor explica la naturaleza jurídica del Acuerdo Marco –nuestro prestigioso profesor Jorge Muratorio (Director del Observatorio de la Contratación Pública en Argentina)- parece ratificar esta interpretación, señalando que **“el Acuerdo Marco no es un contrato en sí mismo, es solo un convenio en el que se establecen los términos que serán aplicables a los contratos derivados que en su contexto celebren los organismos públicos con los proveedores”** (“Los Acuerdo Marco del Decreto N° 893/2012”, en obra colectiva “Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos”, RAP, Buenos Aires, 2014, pág. 452).

Pues bien, en nuestro régimen mendocino, **el acto administrativo que consuma la aprobación de la contratación del Acuerdo Marco es sin duda la Orden de Compra mencionada por el Art. 141 de la ley 8706.** En efecto, dicho acto tiene por finalidad o efecto directo e inmediato el de perfeccionar una contratación pública con un proveedor determinado y para un objeto determinado, completándose así la forma exigida por el Art. 112 de la ley 9003. En este sentido, se coincide con la observación del Delegado de Contaduría General, plasmada en el orden 21. Sin embargo, nuestra coincidencia con la señalada observación tiene una salvedad. Lo explicamos a continuación.

Partiendo de la base que la Orden de Compra emitida a favor de un proveedor con oferta disponible en el Acuerdo Marco, provoca el perfeccionamiento del contrato, cabe preguntarse seguidamente si ante la ausencia de este procedimiento de contratación -es decir, la falta de aprobación de la Orden de Compra prevista por el Art. 141 de la ley 8706-, cabe sin más posicionar al trámite dentro del denominado procedimiento de “legítimo abono” o “cuasicontrato” (Art. 151 ley 8706).

Recordemos que al respecto se han pronunciado por la negativa tanto la Dirección de Asuntos Administrativos de Fiscalía de Estado como la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y Energía, quienes sostienen que corresponde considerar como suficiente, a los efectos de la formación completa del consentimiento contractual, el acto de adjudicación mediante el cual se han seleccionado a los proveedores y conformado el Acuerdo Marco o Catálogo de Oferta Permanente.

Por nuestra parte, consideramos que el interrogante admite como respuesta una solución intermedia. Es decir, sin dejar de ratificar que la regla general indica que **el procedimiento de contratación se perfecciona con la aprobación de la Orden de Compra prevista por el Art. 141 de la ley 8706, ello no significa que la mera omisión de dicho acto, habilite sin más a calificar el vínculo como un “cuasicontrato” o “legítimo abono”.** Existen frecuentes supuestos en la práctica administrativa que justifican, con fundamento en el principio de razonabilidad (Art. 39 Ley 3909), una flexibilidad en la aplicación de la regla ya que en estos casos no se puede soslayar que se está en presencia de un vínculo con un proveedor cuya oferta ha resultado seleccionada para integrar un Acuerdo Marco o Catálogo de Oferta Permanente, por medio de una decisión de autoridad competente. Dicha decisión además ha aprobado las condiciones de precio, calidad y capacidad empresarial del oferente y de su respectiva propuesta, la cual integrará necesariamente el haz de derechos y obligaciones nucleares de la relación contractual.

En efecto, la dinámica de las necesidades públicas que se satisfacen a través de los contratos de Acuerdo Marco, es la propia del consumo habitual y permanente de ciertos bienes y servicios. En todos estos supuestos estamos en presencia de contrataciones de ejecución instantánea que se reiteran a lo largo del

tiempo y también de ejecución continuada, razón por la cual el cumplimiento de estos contratos por parte de los proveedores es prácticamente ininterrumpido o permanente (por ej. el agua, los medicamentos, el combustible, la limpieza, son bienes y servicios que se consumen de manera permanente o continuada y de manera transversal por muchísimos organismos). De allí que la gestión administrativa del trámite de la contratación puede en muchos supuestos no seguir el mismo ritmo de la ejecución del contrato por parte del proveedor seleccionado para el Acuerdo Marco. Concretamente, se observa en estas hipótesis una dilación temporal entre la ejecución del contrato y la emisión de la orden de compra con su respectiva registración presupuestaria y contable del gasto.

Esta falta de sincronización entre lo administrativo y la realidad, como bien lo infiere la DAA de Fiscalía de Estado, también se observa en los supuestos de renegociaciones de contrato (por mayores costos), e indefectiblemente, la decisión o acto administrativo aprobatorio se produce siempre, o casi siempre, ex post de la ejecución del contrato.

En este contexto, los principios de buena administración y de razonabilidad (Arts. 1º y 39º Ley 9003), indican que debemos considerar que en las contrataciones de Acuerdo Marco, también es eficaz y legítimo el perfeccionamiento contractual “diferido”, pero contemporáneo a la época en la que el servicio contratado tuvo principio de ejecución efectivamente (ej. la orden de compra emitida dentro del mes de comenzada la prestación concreta del servicio). Calificar dichas contrataciones bajo el encuadre del “legítimo abono” o “reconocimiento de gasto” podría constituir un exceso de rigor formal ante una dinámica compleja como es la de la administración financiera provincial.

Claro está que en el caso concreto de la contratación que ha motivado la consulta de marras, evidentemente no se han dado las condiciones que justifiquen su encuadre en la interpretación antes señalada, habida cuenta de la significativa dilación o desincronización observada entre el inicio o continuidad de la ejecución del servicio y la debida formalización del contrato a través de la Orden de Compra respectiva.

Como conclusión final podemos afirmar que, más allá de los posibles enfoques y miradas, **los operadores de las finanzas públicas debemos impulsar los procedimientos que además de ajustarse a los principios rectores de la contratación pública (Art. 134 Ley 8706), resulten más eficientes no solo para alcanzar la oportuna satisfacción de las necesidades públicas, sino también para cumplir de manera tempestiva las obligaciones contraídas por la Administración respecto de los proveedores contratados. Por ello, en los supuestos de contrataciones de Acuerdo Marco, sólo debe acudir a la vía de excepción del cuasicontrato o legítimo abono (Art. 151 LAF), cuando indubitablemente corresponda su aplicación, es decir cuando la autoridad competente no haya aprobado la contratación mediante el acto administrativo pertinente (orden de compra), dictado de manera previa o contemporánea al inicio de la ejecución del contrato.**

Se expide la presente en ejercicio de las funciones técnicos-consultivas previstas por el ordenamiento jurídico vigente (art. 130 inc. a) de la ley 8706 y art. 130 inc. 1) Decr. Regl. 1000/2015.

Sin otro particular saluda atte.

