



Control público en tiempos de emergencia sanitaria

Jue 23 de abril de 2020

La emergencia pública justifica intensificar el control público. Las contrataciones administrativas que se celebran en ese contexto constituyen medios esenciales para la satisfacción de los derechos de los ciudadanos. Por eso, los controles que se practiquen sobre ellas deben ser efectivos y oportunos.

[+ -](#)

**Por: [* Mirian Mabel Ivanega](#)
mimaiv@hotmail.com**

Las declaraciones de emergencia pública ameritan la implementación de sistemas de control eficientes y eficaces, que permitan evaluar -entre otras cuestiones- si las excepciones legales que aquellas establecen, que suponemos constitucionales, son aplicadas de acuerdo a los objetivos para las cuales se fijaron.

Se reconoce que tales tipos de declaraciones persiguen evitar, retrasar o morigerar graves perjuicios que se producirían si no se reconociera la emergencia; motivo por el cual un control efectivo es el paso necesario para comprobar su evolución, sin perjuicio de contribuir a lograr la normalidad perdida.

Si bien en este punto no distinguimos los tipos de control ya que todas sus modalidades cumplen un rol esencial, es innegable que en el estudio de la emergencia se suele privilegiar al control judicial por sobre otros controles.

Sin embargo, la realidad muestra que esa falta de atención ocasiona consecuencias negativas en la gestión pública, que puede perder la brújula indicadora de los medios y fines a cumplir.

El “aquí y ahora” suele justificar la omisión de controles, a pesar de resultar sustanciales para que ese “aquí y ahora” responda a los reales objetivos tenidos en mira al declarar la emergencia. En ese escenario, las contrataciones administrativas no siempre constituyen un ámbito protegido por exámenes eficaces y oportunos.

1. Y de nuevo el control público.

En el marco del Estado Constitucional de Derecho, el control público en todas sus manifestaciones debe cumplir con determinados requisitos, entre ellos:

Eficiencia y eficacia, es decir que: a) se utilicen los métodos y procedimientos idóneos para lograr el objetivo para el cual fueron creados, venciendo las barreras de la costumbre burocrática, la inoperancia y el statu quo; b) se cumplan los fines que el control debe perseguir, cualquiera fuese la modalidad de su ejercicio (previo, posterior, de legalidad, de gestión, etcétera).

Transparencia. Involucra tanto el rol que tiene el control para “transparentar” la gestión pública como la necesidad de que aquel sea transparente, en cuanto a los objetivos, técnicas y procedimientos que utiliza.

Ética. Vinculado con la transparencia es un requisito que involucra las acciones de quienes desempeñan las funciones de control unido a la necesidad de propender a un control que no se desvíe de sus objetivos, ni oculte fines espurios.

Independiente, en cada una de sus etapas, condición que obliga a que quienes lo ejerzan cumplan sus funciones con idoneidad, neutralidad y objetividad.

Constructivo y educativo, todos los controles deben construir puentes entre el “deber ser” y el “ser”; pues resulta trascendental promover la corrección de las deficiencias de la gestión. A su vez, entender los controles con una perspectiva educativa no implica renunciar a sus fines ni poner en juego su independencia; por el contrario, presupone la articulación de instrumentos y procedimientos que coadyuven a una actuación pública ajustada al orden constitucional y legal.

Oportuno. El ¿cuándo? es oportuno un control, dependerá de su modalidad, aunque siempre encontraremos en la satisfacción de los derechos fundamentales la respuesta uniforme para todos ellos. Por eso, si bien la inoportunidad ha sido una de las críticas más severas al control posterior previsto en la Ley 24.156, resulta indudable que ningún órgano ni poder del Estado está exento de similares reproches.

La oportunidad en el ejercicio del control público es una exigencia constitucional y por lo tanto no puede transformarse en control tardío o a “destiempo”.

Lo posterior encuentra un límite infranqueable en la razonabilidad. Por ello, el retraso o aplazamiento bajo la excusa de que es posterior, implica a nuestro criterio el irregular ejercicio de las funciones y una violación a los principios del tiempo razonable y de eficiencia.

En definitiva, estas cualidades -que no son excluyentes de otras- conforman la columna vertebral de todos los controles incluyendo los que ejercen los Poderes Legislativo y Judicial en el ámbito de sus atribuciones constitucionales.

2. Síntesis de los controles previstos en la Ley 24.156.

Aun cuando reconocemos la importancia de las diferentes modalidades de la función comentada, creemos que los controles interno y externo establecidos en la mencionada ley deberían tener un mayor protagonismo con el fin de contribuir a una gestión pública acorde con las situaciones excepcionales que la emergencia pública supone.

A los fines de estos párrafos, alcanza con describir algunas de las particularidades del sistema legal comenzando por indicar que los órganos rectores de control interno y externo poseen competencias que muestran, por lo menos en la letra de la ley, el funcionario público cuenta con herramientas de primer orden para prevenir y corregir desvíos e irregularidades de su gestión[1].

La Sindicatura General de la Nación (SIGEN) es el órgano de control interno del Poder Ejecutivo Nacional con funciones normativas, de supervisión y coordinación; las Unidades de Auditoría Interna (UAI) son creadas en cada jurisdicción y en las entidades dependientes del Ejecutivo, dependen jerárquicamente de cada organismo y actúan coordinadas técnicamente con la Sindicatura[2].

Cabe recordar que el control interno[3] no se limita a la actuación de estos organismos, pues involucra un complejo sistema con diversas técnicas (previo, concomitante, posterior) que derivan en dictámenes, informes y que a su vez pueden abarcar la legalidad (por ejemplo, el que ejerce el servicio jurídico de los organismos, asesorías especiales), los aspectos financieros o la gestión en su conjunto.

Se trata de una cultura dentro de la organización, con la pretensión del mejoramiento continuo, previendo los riesgos, obstáculos y posibles incumplimientos de las normas y objetivos.

A pesar que la Ley 24.156 entró en vigencia con anterioridad a esa reforma, sigue vigente regulando en forma específica las competencias de ese organismo y prevé un control amplio, presupuestario, económico, financiero, patrimonial, legal y de gestión del Sector Público Nacional

Sin renunciar a las condiciones de la independencia con las que debe cumplir, se presenta con una función preventiva. En ese sentido, son claras las Normas Generales de Control Interno para el Sector Público Nacional, dictadas por la SIGEN en el año 2014 -que receptan las directivas del Informe COSO 2013[4]- donde se lo caracteriza como un proceso integrado a los procesos básicos de planificación, ejecución y supervisión, y no a un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a ellos.

Ello presupone que: a) se trata de un medio para alcanzar un fin y no un fin en sí mismo; b) lo ejercen las personas que actúan en todos los niveles, porque no se trata solamente de manuales de organización y procedimientos; c) sólo puede aportar un grado de seguridad razonable pero no la seguridad total a la conducción; d) está pensado para facilitar la consecución de objetivos.

Por su parte, el control externo (que se configura cuando los organismos que lo ejercen no pertenecen a la organización de la institución controlada) responde a un modelo que ubicó en el Poder Legislativo la responsabilidad de su ejercicio a través de un organismo especializado, la AGN. Esta particularidad fue confirmada con la reforma constitucional de 1994 en el artículo 85.

A pesar que la Ley 24.156 entró en vigencia con anterioridad a esa reforma, sigue vigente regulando en forma específica las competencias de ese organismo y prevé un control amplio, presupuestario, económico, financiero, patrimonial, legal y de gestión del Sector Público Nacional[5]; también incluye el control de los entes privados adjudicatarios de procesos de privatización en cuanto a las obligaciones emergentes de los respectivos contratos.

Esta apretadísima reseña, nos lleva a subrayar que todos los entes creados por la citada ley carecen de funciones jurisdiccionales para deslindar las responsabilidades de los funcionarios públicos y de atribuciones para aplicar multas, y ejercen control posterior (sin perjuicio de cierta intervención previa no vinculante que se asignó la SIGEN) a través de la auditoría la cual, según el caso o el momento en que se ejerza, puede ser practicada en forma concomitante con la gestión.

Se trata de una técnica que privilegia el trabajo multidisciplinario, aplica procedimientos de muestreo ante la imposibilidad de realizar un control exhaustivo de toda la actividad económica, financiera, jurídica, etc. donde el auditor recopila información, analiza y revisa el funcionamiento de las dependencias controladas, su organización, procedimientos, actos y el cumplimiento de los objetivos institucionales y presupuestarios, según el alcance del control que practique.

3. Las contrataciones administrativas de la emergencia sanitaria.

Ciñéndonos al tema principal, corresponde comenzar por el Decreto 260/2020 (dictado en uso de las facultades del artículo 99 inc.1 y 3 de la CN) que amplió por el plazo de un año desde su entrada en vigencia[6] la emergencia pública en materia sanitaria que ya había establecido la Ley 27.541 (denominada “Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el marco de la emergencia pública”) en virtud de la pandemia por el coronavirus COVID-19.

Esa norma y sus reformas son la fuente de numerosos decretos, resoluciones, disposiciones y decisiones administrativas, que pasaron a constituir lo que identificamos como el “contexto normativo coyuntural para la pandemia” formado por una profusa regulación con incidencia directa en la vida de los habitantes del país, en las raíces mismas del federalismo, en el funcionamiento de los poderes constitucionales, en la organización pública nacional y en cada una de las manifestaciones de la gestión pública.

En materia de contrataciones, el citado decreto faculta al Ministerio de Salud de la Nación en su carácter de autoridad de aplicación a “efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para atender la emergencia, en base a evidencia científica y análisis de información estratégica de salud, sin sujeción al régimen de contrataciones de la administración nacional. En todos los casos deberá procederse a su publicación posterior” (artículo 2 ap. 6)

El Decreto 287/2020 modificatorio del anterior, incorpora el artículo 15ter autorizando la contratación directa a las jurisdicciones, organismos y entidades incluidos en los incisos a) y b) de la Ley 24.156. Asigna facultades al Jefe de Gabinete de Ministros (JGM) para establecer los principios y pautas del procedimiento de contratación en el marco de la emergencia.

Ese escenario normativo principal, ha dado lugar al dictado de dos decisiones administrativas del JGM y dos disposiciones de la Oficina Nacional de Contrataciones (OCN).

-Decisión Administrativa 409/2020 del 18 de marzo del 2020, que regula el procedimiento contractual y entre otros aspectos:

- a) la aplicación (desde el inicio hasta la finalización de la ejecución del contrato) de los principios previstos en el artículo 3 del Decreto 1023/2001, es decir razonabilidad del proyecto, eficiencia de la contratación, concurrencia y competencia, transparencia, publicidad y difusión de las actuaciones, responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos, igualdad de trato para interesados y oferentes;
- b) la necesidad de fundar que la contratación es consecuencia de la emergencia declarada;
- c) la intervención de la SIGEN para emitir informe sobre los precios testigos o valores de referencia de los bienes y servicios a adquirir, en los casos que el monto estimado de la contratación fuera igual o superior al previsto en la Resolución SIGEN N° 36/17;
- d) el deber de los órganos u organismos que intervengan en esos procedimientos de priorizar esas contrataciones, imprimiendo máxima celeridad posible a los requerimientos que se formulen y prestando toda la colaboración que se les requiera.
- e) la suscripción de un acta en la que constará lo actuado, una vez agregadas las ofertas al expediente electrónico, a cargo del titular de la Unidad Operativa de Contrataciones y la Unidad de Auditoría Interna (UAI);
- f) que las UAI de cada jurisdicción y organismos incorporen a sus planes de auditorías “los procesos que se efectúen de conformidad con el procedimiento establecido en la presente Decisión Administrativa”.

-Decisión Administrativa 472/2020, dictada el 7 de abril último que introduce una limitación al régimen antes mencionado: la imposibilidad de abonar montos superiores a los Precios Máximos establecidos por la Resolución N° 100/2020 de la Secretaria de Comercio Interior del Ministerio de Desarrollo Productivo o las que se dispongan en el futuro.

Tal límite se aplica a las contrataciones que a la fecha de vigencia se encontraban en curso y no adjudicadas y a las compras adjudicadas con obligaciones de pago pendientes, disponiéndose que se pagará exclusivamente hasta los montos máximos aludidos.

A su vez, instruye a los titulares de los Ministerios y organismos descentralizados a que en los procesos de compra no concluidos se respeten los precios máximos fijados por la Secretaria de Comercio Interior.

En cuanto a esta regulación corresponde subrayar que la aplicación concreta de los principios del artículo 3 del Decreto 1023/2001, tal como se prevé en la Decisión Administrativa 409/2020, debería haber sido suficiente para evitar el pago de precios excesivos en algunas adquisiciones de bienes. Sin embargo, debió incluirse expresamente.

-Disposición 48/2020 de la ONC que aprobó el procedimiento complementario al establecido en la Decisión Administrativa 409/2020.

Describe detalladamente los pasos a seguir en las contrataciones y las funciones de las áreas intervinientes.

En lo que nos interesa, esta disposición alude al control de la SIGEN en el marco de los precios testigos y contempla dos funciones de las UAI: a) la recepción mensual de información acerca de la numeración de los procedimientos y órdenes de compra y contratos, con mención del expediente

electrónico y b) la suscripción del acta junto a la Unidad Operativa de Contratación, tal como está en la Decisión Administrativa 409/2020.

-Disposición 53/2020 de dicha Oficina -por aplicación de la Decisión Administrativa 472/2020- se sustituyen los incisos d, g y h del artículo 3 y del punto 7 del Anexo y el modelo de invitación.

Estas modificaciones han sido sustanciales y responden a dos medidas centrales: la primera, recepciona la limitación para adjudicar a ofertas que excedan los precios máximos y la segunda, imprime una mayor transparencia a las contrataciones.

De esta forma, se incorpora que en las invitaciones a los proveedores debe indicarse que no se abonarán montos superiores los fijados en la citada Resolución N° 100/2020 o los que se dispongan en el futuro y que, en el caso de requerirse mejora de precios a la oferta más conveniente (sin perjuicio del sistema de precios testigos) en ningún caso se considerarán ofertas por montos superiores a aquellas.

Asimismo, se prevé que en el supuesto de que una o más cotizaciones excedan tales límites, se solicitará la mejora de precios para que los oferentes adecuen sus propuestas “caso contrario resultarán desestimados”.

Controlar la contratación de bienes y servicios vinculada a la emergencia sanitaria es controlar lo público con una mayor responsabilidad porque detrás de cada procedimiento contractual hay fondos públicos y una demanda social que necesita ser satisfecha sin renunciar a la juridicidad.

En cuanto a dotar de mayor transparencia a los contratos de la emergencia, aplica las pautas de inelegibilidad previstas en el artículo 68 del Decreto 1030/2016 (reglamentario del Decreto 1023/2020), introduciendo en el último párrafo del inciso g) del artículo 3 como causales de desestimación de las ofertas, su rechazo sin más trámite, incluso la rescisión de pleno derecho con pérdida de la garantía cuando: a) existan indicios que por su precisión y concordancia hicieran presumir que los oferentes han concertado o coordinado posturas en el procedimiento de selección; b) cuando existan indicios que por su precisión o concordancia hagan presumir simulación de competencia o concurrencia; c) cuando se exhiban incumplimientos en anteriores contratos, conforme a lo que se disponga en las invitaciones a cotizar.

4. ¿Cuáles son los controles previstos expresamente?

Tenemos dos planos del control interno que se ejerce en esas contrataciones administrativas.

1. El que corresponde a la SIGEN y a las UAI. La Sindicatura en cuanto a la evaluación del sistema de precios testigos conforme a su Resolución 36/17; las UAI con una facultad meramente formal, que no involucra el ejercicio de un control específico (recepción de información de numeración de procedimientos y órdenes de compra y la suscripción del acta, aludidas en la Decisión Administrativa 409/2020 y la Disposición 48/2020 ONC). La única referencia al control se realiza al prever que esas Unidades deberán incluir en sus planes de auditoría las aludidas contrataciones.

2. El proceso de control interno inserto en el procedimiento llevado a cabo por quienes lo gestionan, que deben sujetarse a las exigencias legales en cuanto a los precios máximos y a la constatación de que no se está incurrido en las situaciones previstas en el inciso g) de la Disposición 48/2020 modificada por la Disposición 53/2020.

Este último es el que marcó cierta evolución en la gestión de las contrataciones de la emergencia, donde la verificación de cada uno de los pasos a cumplir con los límites y condicionamientos impuestos permite coadyuvar a una mayor transparencia en los procedimientos. Sin embargo, consideramos que resulta insuficiente.

Aun admitiendo la importancia de algunas atribuciones asumidas por la Sindicatura General -a pesar de no encuadrarse estrictamente en la competencia otorgada por la Ley 24.156-[7] la situación de emergencia justificaría que ejerciera un control concomitante a la ejecución de las contrataciones o dentro de un plazo breve de cumplidas éstas y que planificara en forma “oportuna” la realización de auditorías. Es decir, sin alterar la condición del control posterior, éste se practicaría oportunamente, temperamento que también debería exigirse a las UAI.

Es este requisito esencial para verificar la regularidad de la gestión de las contrataciones y para determinar si deben modificarse o adaptarse los procedimientos.

Reiteramos, un control interno oportuno ejercido por órganos u organismos especializados refleja transparencia, contribuye a su eficacia, eficiencia y lo hace constructivo.

¿Qué sucede con el control externo? Pues a la fecha, se desconoce si la AGN dispuso la realización auditorías o solicitó información vinculada a esas contrataciones. A su vez, la inactividad del Poder Legislativo presupone que las Comisiones Parlamentarias no han sugerido exámenes especiales o requeridos datos a través de aquel organismo.

En síntesis

La pretensión no ha sido otra que reflexionar nuevamente sobre un tema recurrente que no está libre de obstáculos a la hora de su regulación e implementación. La inserción del control en las políticas públicas es una deuda pendiente, cuya acreedora, la sociedad, tiene derecho a conocer su funcionamiento y efectividad.

Controlar la contratación de bienes y servicios vinculada a la emergencia sanitaria es controlar lo público con una mayor responsabilidad porque detrás de cada procedimiento contractual hay fondos públicos y una demanda social que necesita ser satisfecha sin renunciar a la juridicidad.

Es cierto que existe la creencia de que el control “es útil” si trae aparejada la aplicación de sanciones; pero también lo es que este convencimiento -de profundas raíces ajenas al derecho- no ha impedido que a través del tiempo se hayan creado numerosos organismos y adaptado distintos sistemas, constituyendo un amplio espectro cuya eficiencia se viene poniendo en duda hace varias décadas.

En definitiva y en línea con lo indicado al inicio, toda declaración de emergencia pública presupone la adopción de políticas caracterizadas por la inmediatez en su realización y la existencia de regímenes jurídicos que terminan por convertirse en una suma de excepciones. Ello obliga a la

aplicación de un engranaje de controles dentro del cual los aquí comentados resultan relevantes en el cumplimiento de los cometidos constitucionales que impone la propia emergencia.

* **Mirian Mabel Ivanega.** Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Directora de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Profesora universitaria.

Notas:

[1] Títulos Vi y VII de la ley 24.156, en especial los artículos 98, 99, 104, 105, 106, 107 (SIGEN) 101 (UAI), 116, 117, 119, 120 Y 121 (AGN) y el artículo 85 de la Constitución Nacional (AGN)

[2] En este aspecto, por Decreto 72/2018 (reglamentado por Resolución SIGEN 69/2018) se modificó sustancialmente la selección, permanente de los auditores internos y su vinculación con la Sindicatura General, apartándose de las previsiones de la Ley 24.156.

[3] En otra oportunidad, identificamos al control interno -dado la multiplicidad de modalidades que puede adoptar- como aquel que se ejerce desde adentro de la organización controlada, criterio que permite incluir tanto al control que se inserta en la misma gestión como al que practican determinados órganos o entes especializados.

[4] Committee of Sponsoring Organizations, grupo de trabajo creado en 1985 por Treadway Comiision National Commission on Fraudulent Financial Reporting. Se denomina Informe COSO al documento que contiene directivas para la implementación, gestión y control de un sistema de control interno.

[5] Artículo 8:

[6] Por el artículo 25 la vigencia es a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial, es decir el 12 de marzo de 2020.

[7] Por ejemplo: en el marco del control de comercialización on line que lleva adelante, según información incluida en la página web oficial del organismo, comprobó en varias cadenas de supermercados la falta de stock, superior al 47% y una diferencia de precios que trepaban al 44% al cotejarse con el listado de precios máximos.

•