

ABSTRACT PONENCIA DE LA CAMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCION

I.- DIAGNOSTICO Y CONCLUSIONES:

De lo expuesto, en el escrito de ponencia se advierte la preocupante tendencia existente en el ámbito contractual, por parte del Estado, de imponer mayores prerrogativas estatales, con alcances cada vez también mayores, en desmedro de los derechos individuales, que resultan prácticamente burlados o ignorados.

De las observaciones generales y particulares efectuadas, surge claramente demostrada las distintas manifestaciones del “avance del Estado” por sobre las garantías individuales, a las que me he referido anteriormente. Las que deben necesaria y urgentemente ser revisadas y corregidas.

Un Estado “dominante” en el sentido señalado, implica un sustancial y gravísimo retroceso en nuestro derecho administrativo que nació precisamente con el fin de proteger al particular o al administrado frente a la omnipotencia estatal.

Entendemos que todo el camino hecho desde el Estado autoritario o totalitario hasta llegar al Estado de Derecho, que insumió muchísimos años, no puede ni debe desandarse con proyectos de ley donde las prerrogativa públicas aparecen como protagonistas principales tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato, mientras que las garantías individuales son ignoradas ante su falta absoluta de reconocimiento y tratamiento alguno.

II.- RECOMENDACIONES: NECESIDAD DE REFORMULAR EL PROYECTO

Consecuentemente con lo expuesto y desarrollado en el escrito de ponencia, esta Cámara Empresaria entiende que este proyecto debe ser revisado y reformulado, atendiendo las premisas y cuestiones que esta Asociación puntualiza, de manera que todos los puntos señalados, se incorporen expresamente al proyecto de ley, sin perjuicio de otros que pudieren también corresponder.

Para ello, la Cámara Argentina de la Construcción queda a entera disposición de los señores legisladores y asesores respectivos, para conformar una **Mesa de Trabajo entre el sector público y privado**, donde puedan trabajar ambas partes en aras de obtener el dictado de una Ley que permita la mayor concurrencia en el proceso de selección con transparencia en los procedimientos, y una correcta ejecución del contrato con aplicación de sus principios rectores, como es el de equidad y mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, bregando y poniendo el norte en el cumplimiento del mismo y no en su rescisión, revocación o caducidad.

JULIO CESAR CRIVELLI

CAMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCION

Señores
ASOCIACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

En el marco del Primer Congreso de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la CAMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCIÓN, con domicilio en Avda. Paseo Colón 823, Piso 8 y 9no. de la Ciudad de Buenos Aires, viene por la presente, representada por el suscripto, a presentar su ponencia referida al tema de los proyectos legislativos existente en materia de Régimen de Contrataciones del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

I.- De la lectura de los distintos proyectos presentados y del Proyecto "unificado" que se encuentra en trámite en la Legislatura, que pareciera querer consensuar los criterios de los distintos bloques, surgen las siguientes observaciones a efectuar:

I.- DE CARÁCTER GENERAL:

I.1.- LA LEY DE ADMINISTRACION FINANCIERA: SU IMPACTO Y CONSECUENCIAS EN LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Sistema de caja

La Ley 70 del GCBA, conjuntamente con su Decreto Reglamentario 1000/99, conteniendo similares disposiciones al respecto que las fijadas en la Ley 24.156 de Administración Financiera Nacional, ha instrumentado en lo referido a la ejecución del sistema presupuestario, lo que hemos dado en denominar un "criterio de caja" en virtud del cual, y sin perjuicio del monto de asignación fijado en la partida presupuestaria para un Organismo Público, el gasto efectivo de dicho Organismo no podrá exceder el "cupó" que a tal efecto le asigne trimestralmente la Secretaría de Hacienda, de acuerdo a lo efectivamente recaudado.

En efecto, el art. 61 de la Ley 70 establece que el monto de las "cuotas de compromiso" fijadas para el ejercicio no podrá ser superior al monto de los recursos recaudados durante el mismo. Por su parte, el Decreto Reglamentario aludido, en su art. 30 reafirma lo allí establecido, señalando que las cuotas trimestrales podrán modificarse de acuerdo a las normas que establezca el órgano rector de los sistemas de gestión y administración financiera.

Huelga aquí manifestar, la incidencia y los efectos que estas disposiciones imprimen a los contratos públicos, puesto que uno de los aspectos capitales en estos acuerdos lo constituye sin duda alguna la previsibilidad o mayor grado de ésta respecto de la actuación económica del Estado.

Ello así, la situación es de una gran inseguridad de cobro, toda vez que en principio la asignación de partida presupuestaria no garantiza en nada la efectividad de dicho cobro; **todo dependerá en definitiva de lo recaudado y a su vez que lo recaudado sea de suficiente entidad** como para permitir a la Administración pagar al co-contrante lo que a éste se le debe por la prestación encomendada.

Como se advierte, los criterios económicos fueron con el tiempo superando los jurídicos. Se instauró así con las leyes de Administración Financieras Nacionales y locales del GCBA, el “criterio de caja” al que hicimos ya referencia, con disposiciones que supeditan a condiciones económicas determinadas, de plazo desde ya incierto, la cancelación de obligaciones del Estado. El marco de inseguridad jurídica se torna así absoluto.

I.2.- EL CARÁCTER CONMUTATIVO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Debe tenerse en todo este análisis muy en cuenta, el carácter conmutativo del contrato administrativo, y en el caso, del contrato de suministro, en cuanto se establecen obligaciones recíprocas y determinadas para ambas partes; lo que impide que cualquiera de ellos pueda mejorar o empeorar su posición en relación al otro debido a cuestiones externas al contrato o fuera del dominio de las partes; es decir que tal contrato no reviste el carácter de aleatorio.

En el proyecto consensuado en análisis no está contemplado el derecho a la recomposición del contrato. Sólo se alude al caso fortuito o fuerza mayor para establecer que en dichos supuestos no se aplican las penalidades correspondientes por incumplimiento de la obligación; pero no existe previsión expresa alguna referida al derecho general a la recomposición contractual, siendo éste un derecho fundamental del contratante.

I.3.- LA ERA HACIA LA TENDENCIA DEL “ESTADO DOMINANTE”

En los últimos tiempos el Estado de Derecho, que tanto nos ha costado conseguir y consagrar, se encuentra atravesando y sufriendo ciertas fisuras; las cuales es imperiosamente necesario restaurar.

En materia específicamente contractual, como la que aquí nos ocupa, esta tendencia hacia el “Estado dominante” por sobre los derechos individuales, se viene plasmando en distintas normativas y regímenes donde el Estado parece poderlo todo y el particular, prácticamente nada. Las prerrogativas estatales se van así acrecentando en cada nueva ley que se sanciona con nuevos y distintos avances sobre las garantías y derechos patrimoniales de los individuos.

El contrato administrativo, se ha convertido así en uno de los blancos más importantes en donde este dominio del Estado se evidencia claramente. Frente a un sin fin de derechos en cabeza de la Administración, apenas aparecen (si es que aparecen enunciados) algunos pocos derechos de los particulares. Frente a un listado variado de sanciones para el particular, no aparecen expresadas las obligaciones principales a cargo del Estado, ni las sanciones en caso de su incumplimiento.

Es Estado parece volver a “poderlo todo”, y los particulares contratantes resignarnos a ver acortados cada vez más nuestros derechos. En materia específica de contrataciones del Estado, el Decreto Nacional Delegado Nro. 1032/01 es un claro exponente de este principio del avance de un Estado dominante.

Hoy le toca el turno al Gobierno de la Ciudad de contar con un Régimen de Contrataciones propio, y de la lectura de los proyectos presentados y del consensuado en trámite, se advierte una clara tendencia a “copiar” las “malas” disposiciones del aludido Decreto Nacional 1023/01, en lugar de tratar de sancionar un Régimen superador que recepte y respete los principios pilares de la contratación administrativa, tanto en materia de procedimiento de selección como de ejecución contractual.

De esta manera, los proyectos en estudio constituyen un claro reflejo del Estado dominante, con todos los derechos y prerrogativas para el Estado, fijación de un sin fin de obligaciones a cargo de los particulares, sin correlato alguno respecto de las obligaciones estatales, que ni siquiera aparecen enunciadas.

Esto no puede ser permitido. Es necesario, como ha sido siempre, balancear las cargas y obligaciones de cada una de las partes contratantes. La balanza no puede estar abruptamente inclinada a favor de una de ellas, ignorando y retaceando cada vez más los derechos de los particulares, puesto que este avance del Estado sobre los derechos individuales, implica cercenar el Estado de Derecho, poniendo al Estado prácticamente afuera del marco de la ley, otorgándole facultades para hacer del contrato firmado con el particular, que constituye un compromiso asumido, lo que realmente quiera o necesite de él.

Voy a ser propias aquí las palabras del Profesor Mairal quien con todo acierto sostiene que: *“Quienes defienden los intereses del Estado parecen pensar que cuanto menos derechos tenga el cocontratante mejor estarán defendidos los intereses públicos. Posición simplista y de muy cortas miras. Los intereses privados son parte de la riqueza nacional y por ello los países más adelantados, los respetan cuidadosamente”*.

II.- DE CARÁCTER PARTICULAR:

Conforme lo arriba expuesto en cuanto a un marcado avance que se evidencia por parte del Estado en sus prerrogativas contractuales por sobre las garantías individuales, en claro desmedro de estas últimas, convirtiéndose así en lo que denominamos la “era de un Estado dominante”, señalamos a continuación distintos artículos del proyecto consensuado, de donde surgen palmariamente acreditada dicha situación existente. A saber:

2.1) El art. 8 del proyecto refiere a facultades y obligaciones de la autoridad administrativa, tomado del art. 12 del Dcto. Nacional 1023/01. Esta directiva es abiertamente inconstitucional, por cuanto faculta a la Administración, no sólo a interpretar los contratos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento (que es una función propia de los jueces), sino que también a decretar caducidades y rescisiones sin derecho alguno a indemnización por lucro cesante. Los derechos de contratante quedan en este marco, sumamente restringidos, afectándose el derecho de propiedad de raigambre constitucional (art. 17 CN).

Es cierto que estas disposiciones están tomadas del régimen nacional, pero eso no significa ni habilita a tener que “copiar” lo que está mal y lo que no ha dado ningún buen resultado al respecto. Precisamente, si como dijeron los expositores, se trata de crear un Régimen de Contrataciones propio y autónomo para la Ciudad de Buenos Aires, pues no hay razón para tener que reproducir disposiciones del régimen nacional, en cuanto éstas no se ajusten a los principios de derecho tradicionales y principios de la contratación administrativa clásica.

Esto lo único que logra es colocar al contratante del Estado en un marco de total incertidumbre respecto de su contrato, con grave mengua de la seguridad jurídica.

2.2) El principio de transparencia, al que aluden todos los proyectos individuales, fue eliminado del consensuado, pese a la insistencia de la importancia de este principio en las contrataciones estatales.

2.3) Similares consideraciones caben efectuar respecto del principio de equidad y colaboración contractual, contenido en el proyecto de “Recrear” y que también fue eliminado en el proyecto consensuado.

2.4) El mantenimiento de la ecuación económico-financiera, pilar fundamental de toda contratación pública, estaba contemplada también en el proyecto Recrear y ha sido también eliminada en el proyecto consensuado.

Esto implica un grave atropello sobre los derechos del contratante al no reconocerle expresamente el principal derecho que le asiste que es a mantener el equilibrio obligacional tenido en cuenta al contratar.

2.5) También existe silencio respecto de la garantía del debido proceso, y la vista de las actuaciones, todo lo cual estaba expresamente contemplado en proyecto Recrear y ha sido eliminado.

2.6) El Principio de la Licitación Pública, como procedimiento de selección de contratista o proveedor por excelencia, ha sido eliminado en el consensuado como “regla”; por lo que pareciera que se faculta al Estado local a optar indistintamente por el procedimiento que más le agrade, toda vez que no se encuentra enunciado tal procedimiento, como regla general a adoptarse.

2.7) El tema de los permisos y contratos de concesiones de uso de bienes del dominio público y privado y contrato de locaciones de compraventa y locaciones de inmuebles. El art. 4 del proyecto consensuado establece que se regirán por las disposiciones del proyecto, con excepción del Título II y IV, quedando el Poder Ejecutivo facultado para reglamentar los respectivos procedimientos.

Esta redacción y tratamiento otorgado a estos contratos sólo ofrece confusión en cuanto al régimen aplicable, atento a que se aplica en parte sus disposiciones propias, y en parte el régimen del proyecto, y además se delega en el Poder Ejecutivo la facultad de reglamentar los alcances de estos contratos. En conclusión, se trata de una grupo de contratos cuya normativa queda absolutamente imprecisa, aumentando la inseguridad jurídica, y delegada al poder administrador, quien puede fijar sus alcances de la manera que mejor le plazca.

2.8) Otra cuestión de suma importancia: el plazo de pago y la previsión del pago de intereses en caso de mora por pago tardío del Estado.

El proyecto Recrear contempla disposiciones al respecto que también fueron eliminadas en el consensuado.

El Dcto. 5720/72 establece un plazo general de 30 días para el pago. El proyecto consensuado nada dice al respecto. ¿cuál es entonces ahora el plazo de pago propiciado por la Administración?

El dejar esta cuestión pilar a las cláusulas de los Pliegos o a las disposiciones reglamentarias, si esto es lo que se pretende, es inaceptable por cuanto esto equivale dejar al Poder Ejecutivo la fijación de plazos que pueden resultar arbitrarios, y además distintos unos de otro, a criterio exclusivo de la Administración licitante.

En cuanto al pago tardío, el 5720/72 prevé la liquidación y pago de intereses correspondientes. Esto también estaba en el proyecto Recrear y ha sido también sustituido en el proyecto consensuado.

Es decir que no están determinadas en el proyecto de Ley en análisis, la PRINCIPAL OBLIGACIÓN POR PARTE DEL ESTADO, cual es la fijación del plazo de pago y la obligación del pago de intereses en caso de mora o pago tardío.

2.9) La revocación del Contrato por causas no imputables al contratante, es otra de las manifestaciones del llamado “Estado dominante”, pues el proyecto consensuado excluye en estos supuestos el lucro cesante y los intereses de capitales requeridos para la financiación.

2.10) Un capítulo aparte merece la redacción del art. 33 que refiere a Licitación o Concurso Privado diciendo que es el “ **procedimiento de selección en el cual intervienen como oferentes los invitados en forma directa y sin anuncio público por el ente licitante. Es de aplicación cuando el valor del contrato así lo justifique o haya un número reducido de proveedores u otras razones excepcionales justifiquen este empleo distinto al de la licitación pública**”.

Esta previsión es el prototipo de la arbitrariedad, pues permite a la Administración invitar en forma directa y sin anuncio público en clara violación al principio de publicidad, cuando el valor así lo justifique: la pregunta que se impone es ¿ y cuando se justifica? ¿Quién determina tal justificación? ¿Quién determina cuáles son las “otras razones excepcionales que justifican este mecanismo distinto a la licitación pública?

2.11) Tampoco se prevé un Régimen Transitorio que contemple la situación de las contrataciones en curso y/o distintas alternativas que pueden presentarse (y de hecho así sucede) cuando se sanciona un nuevo Régimen de Contrataciones que sustituye o deroga otro hasta el momento vigente.

III.- CONCLUSIONES:

De todo lo expuesto, fácil es advertir la certeza de lo dicho al inicio de este trabajo, en cuanto a la preocupante tendencia existente en el ámbito contractual, por parte del Estado, de imponer mayores prerrogativas estatales, con alcances cada vez también mayores, en desmedro de los derechos individuales, que resultan prácticamente burlados o ignorados.

De la enumeración arriba efectuada de las distintas disposiciones del proyecto consensuado, surge claramente demostrada las distintas manifestaciones del “avance del

Estado” por sobre las garantías individuales, a las que me he referido anteriormente. Las que deben necesaria y urgentemente ser revisadas y corregidas.

Un Estado “dominante” en el sentido señalado, implica un sustancial y gravísimo retroceso en nuestro derecho administrativo que nació precisamente con el fin de proteger al particular o al administrado frente a la omnipotencia estatal.

Entendemos que todo el camino hecho desde el Estado autoritario o totalitario hasta llegar al Estado de Derecho, que insumió muchísimos años, no puede ni debe desandarse con proyectos de ley donde las prerrogativa públicas aparecen como protagonistas principales tanto en el proceso de selección como en la ejecución del contrato, mientras que las garantías individuales son ignoradas ante su falta absoluta de reconocimiento y tratamiento alguno.

IV.- NECESIDAD DE REFORMULAR EL PROYECTO

Consecuentemente con lo aquí desarrollado, esta Cámara Empresaria considera que este proyecto debe ser revisado y reformulado, atendiendo las premisas y cuestiones aquí desarrolladas, de manera que todos los puntos arriba señalados que fueron excluidos de tratamiento, se incorporen expresamente al proyecto de ley, sin perjuicio de otros que pudieren también corresponder.

Para ello quedamos a entera disposición de los señores legisladores y asesores respectivos, para conformar una Mesa de Trabajo entre el sector público y privado, en aras de obtener el dictado de una Ley que permita la mayor concurrencia en el proceso de selección con transparencia en los procedimientos, y una correcta ejecución del contrato con aplicación de sus principios rectores, como es el de equidad y mantenimiento de la ecuación económico-financiera del contrato, bregando y poniendo el norte en el cumplimiento del mismo y no en su rescisión, revocación o caducidad.

JULIO CESAR CRIVELLI
CAMARA ARGENTINA DE LA CONSTRUCCION