

Buenos Aires, 15 de Setiembre de 2005

Señores

**Asociación de Derecho Administrativo  
de la Ciudad de Buenos Aires**

Presente

-----

De mi mayor consideración:

RAQUEL CHOJKIER, en su carácter de APODERADA de la UNION ARGENTINA DE PROVEEDORES DEL ESTADO, tiene el agrado de dirigirse a Ud., a los efectos de agradecer la invitación cursada para participar en el "Primer Congreso de Derecho Administrativo", organizado por la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires, evento que considero de suma utilidad ya que su fin es el de aunar criterios en aras de mejorar la transparencia eficiencia y equidad en las compras del Estado.

Atento a los intereses que la U.A.P.E. representa, y de la comunidad en su conjunto, en relación a los proyectos de ley en estudio y análisis, me permito presentar las ponencias que se adjuntan.

Sin perjuicio de lo expresado, debe destacarse que varios de los proyectos presentados, superan ampliamente al consensuado. Este, carece de una adecuada técnica legislativa, peca de extremada generalización delegando excesivas facultades en el Ejecutivo y omite considerar principios que requieren de precisiones legales.

Este proyecto, no contempla la adhesión de nuestro país a la Convención Interamericana contra la Corrupción, que en su Capítulo III impone ineludiblemente la participación de las ONG's y de los administrados en el control de la acción de gobierno, y en la difusión de la publicidad y transparencia de los actos correspondientes.

Es así, que toda norma que implique derogaciones de dicho sistema, o lo precarice, legitima su observación.

Si no se imponen pautas obligatorias de publicidad, se está frustrando uno de las demandas de la ciudadanía, en pos justamente de la transparencia para encarar con mejores armas la lucha contra la corrupción. No se comprende en consecuencia, las razones que han impulsado a los redactores del proyecto consensuado, al proponer que el Legislativo resigne el ejercicio de su competencia en temas tan delicados y sensibles, como es la lucha contra la corrupción, permitiendo así que quien debe ser observado y auditado por los actores ciudadanos, imponga sus propios criterios de control y transparencia.

Si la idea central es partir de la base que la lucha contra la corrupción debe ser un reto, ya que en ella va la subsistencia misma del Estado, debemos

exigir a nuestros representantes la eliminación de este tipo de normas que otorgan excesivas facultades a los funcionarios, ya que no existen razones de interés público que lo justifique.

La norma no menciona dentro de sus principios la transparencia y la legalidad, pilares fundamentales de un sistema de compras que aspire contar con la legitimación de todos los sectores involucrados. La incorporación de estos principios, deben constituir el compromiso político del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con la ciudadanía, de transparentar la gestión de compras de todas sus dependencias.

Este compromiso, debería ser el blasón más destellante del proyecto, como símbolo de la lucha contra la corrupción y la arbitrariedad.

Finalmente, debe destacarse la falta de consideración y tratamiento de los derechos de los proveedores y contratistas, el cercenamiento del derecho de defensa de los mismos, y la introducción de facultades excesivas a favor de la administración, constituyéndose de tal modo en un instrumento autoritario y corporativo, que no beneficiará a ninguna de las partes del contrato.

A nuestro juicio, no es un producto superador, sino por el contrario constituye un retroceso en el actual contexto jurídico, siendo preferible dejar el sistema como está actualmente, o bien intentar el desarrollo de otro proyecto, aprovechando los trabajos presentados por los distintos bloques.

Este nuevo emprendimiento, debería contar con el aporte y experiencia de nuestra institución como así de otras organizaciones especializadas en la temática que nos ocupa.

Sin otro particular, saludo a Ud. muy atentamente.

## **PONENCIA: FALTA DE INCORPORACION DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA.**

**Diagnóstico:** En el proyecto consensado, no se ha incorporado el principio de transparencia, meta fundamental para acompañar la política de estado en la lucha contra la corrupción, fortaleciendo la competitividad de la economía y la eficiencia de la Administración del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La transparencia, debe ser el principio inspirador de esta ley de contrataciones del Estado, de la actividad estatal y contractual en particular.

**Conclusiones:** La transparencia constituye un valor que importa establecer en la norma, mediante procedimientos que garantizan la diaphanidad del obrar público respecto del manejo de fondos estatales, de la administración del patrimonio público, de los mecanismos de actuación y decisión gubernativa, y por ello no puede estar ausente en la ley de contrataciones.

**Recomendación:** Sugerimos la incorporación de este principio, conforme estaba incluido en los cuatro proyectos de contrataciones, y además añadir un artículo específico de transparencia conforme el Proyecto Michetti (Bloque Frente Compromiso para el Cambio – arts. 6 y 7).

**Desarrollo:** La Transparencia constituye un valor que importa establecer mediante procedimientos que garanticen la diaphanidad del obrar estatal respecto del manejo de fondos públicos, de la administración del patrimonio público, de los mecanismos de actuación y decisión gubernativa y por ello no puede estar ausente en el derecho, y menos aún en la futura Ley de Contrataciones del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Esta es una preocupación de antigua data. Ya Aristóteles, en la Política, decía: "En todo régimen es de la máxima importancia que la legislación y el resto de la administración estén ordenadas de suerte que no sea posible que los magistrados lucren". A tal extremo era su preocupación que recomendaba: "La ley deberá establecer recompensas especiales para los magistrados que se distinguen por su incorruptibilidad". En este marco se inscribe también la orientación señalada en la Encíclica Veritatis Splendor de Juan Pablo II: "la transparencia en la administración pública, la imparcialidad en el servicio de la cosa pública... el uso justo y honesto del dinero público son principios que tienen su base fundamental en el valor trascendente de la persona y en las exigencias morales objetivas del funcionamiento de los Estados...".

Como puede verificarse, el tema de la corrupción por falta de transparencia, ha preocupado y preocupa a toda la humanidad. El propósito de combatirla está presente en todos los foros internacionales. Así, por ejemplo, la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico), que reúne a las naciones más desarrolladas, firmó en París, el 21 de noviembre de 1997, la "Convención para combatir el soborno a los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales" (Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions). El Convenio señala que cada Estado integrante

de la OCDE deberá tomar todas las medidas necesarias para determinar que es un delito, conforme a la ley de cada país, que una persona intencionalmente ofrezca, prometa o dé cualquier pago indebido u otra ventaja a un funcionario público para sí o para un tercero, ya sea en forma directa o a través de intermediarios, con el propósito de lograr una acción u omisión en relación con el cumplimiento de sus deberes públicos que tengan por fin obtener o impedir un negocio u otra ventaja impropia, conforme la conducta habitual en los negocios internacionales. El Convenio está abierto a la adhesión de cualquier país no miembro de la OCDE.

El enfrentamiento a las prácticas corruptas ha sido también considerado por la OEA (Organización de los Estados Americanos). En tal sentido, el 29 de marzo de 1996 fue aprobada en la tercera reunión plenaria de este organismo realizada en Caracas, la Convención Interamericana contra la Corrupción. Este instrumento legal determina en su art. III punto 5.- que los Estados partes se comprometen a implementar medidas que "aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de los sistemas de contrataciones públicas"... " como así de sistemas que protejan a los ciudadanos que formulen denuncias sobre actos de corrupción".- Finalmente en el punto 11 del art. III indicado se dispone que " se deben implementar mecanismos que estimulen la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.

La Convención, abierta a los Estados miembros de la OEA y a cualquier otro Estado, fue aprobada por la ley nacional 24.759, pasando a formar parte de nuestras normas fundamentales conforme el art. 31 y cc. de la Constitución de 1994.-

En consecuencia, la mejor tutela de la ética pública y de la transparencia debe asentarse en un eficaz sistema de control, tanto preventivo como concomitante y a posteriori. En tal sentido, la Constitución de 1994 garantiza y efectiviza procedimientos de control para asegurar la transparencia en todo el que-hacer público.

**PONENCIA: FALTA DE INCORPORACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

**Diagnóstico:** No se ha incorporado el principio de legalidad, el cual representa la idea que el accionar de la Administración Pública, en la procura del bien común, supone necesariamente respeto de todo el orden jurídico.

**Conclusiones:** La falta de este principio, indica un retroceso en la Doctrina y Jurisprudencia del Derecho Administrativo.

**Recomendación:** Sugerimos la incorporación de este principio, conforme estaba incluido en los Proyectos Araujo (Unión para Recrear Buenos Aires) y del Poder Ejecutivo (art. 6).

**Desarrollo:** Es importante incorporar en la norma, el principio de legalidad o juridicidad, como lo determina la Doctrina de Jurisprudencia.

La juridicidad nuclea, en ese sentido, todo el sistema normativo, desde los principios generales del derecho y la Constitución Nacional, hasta los simples precedentes administrativos legales en cuyo seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, pasando por los tratados internacionales, la ley formal, los actos administrativos de alcance general normativo (reglamentos) y, eventualmente, ciertos contratos administrativos.

Este principio tiene plena vigencia en el procedimiento constitutivo de la licitación pública y ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que cuando hizo referencia a él utilizó, preferentemente, la expresión “principio de legalidad”.

Así, en sentido amplio, lo empleó la Corte en el caso “Serra”, al recordar que la Administración está “positivamente sometida al ordenamiento jurídico, como consecuencia del principio de legalidad administrativa”.

Obsérvese que aunque en ese fallo el alto tribunal utiliza la expresión “principio de legalidad administrativa”, con él se está refiriendo al sometimiento al ordenamiento jurídico en su totalidad, y no únicamente a la sujeción a la ley formal.

Pero en relación concretamente con la licitación pública, y sin perjuicio de haberlo aludido en la citada causa “Radeljak”, es en el fallo dictado en los autos “Espacio” en el cual, en materia de contratos públicos, resaltó el significado del principio que venimos exponiendo, al asignarle la virtualidad de desplazar del ámbito de aquéllos la autonomía de la voluntad de las partes respecto de sus celebración y contenido, al sujetarlos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por la norma, respectivamente.

Este pronunciamiento es, además, importante porque en él se categorizaron los pliegos de condiciones generales como reglamentos, y por aplicación, precisamente, del principio de legalidad se sentó la prevalencia de la ley formal sobre ellos, declarando la invalidez de la cláusula del pliego en tanto se pretendía interpretarla en contra de la ley.

## **PONENCIA: IRREGULARIDADES LICITACION O CONCURSO PRIVADO (ART. 33)**

**Diagnóstico:** Si la idea central es partir de la base que la lucha contra la corrupción deber ser un reto, ya que en ella va la subsistencia misma del Estado, debemos exigir a nuestros representantes la eliminación de este tipo de norma que otorga excesivas facultades discrecionales a los funcionarios actuantes. Es decir, que en lugar que sea la norma la que determina las pautas de selección, decisión y de todas las circunstancias relativas al procedimiento de compras, delega esta facultad en la discrecionalidad del funcionario, concepto subjetivo que puede diferir según el juicio de cada uno. No existen razones de interés público que justifiquen el otorgamiento de tantas facultades al comprador, ni tampoco se comprende las razones por las que el Legislativo ha resignado pautar las mismas.

**Conclusiones:** En consecuencia y ante las características de la norma, queda librado a la discrecionalidad del funcionario la determinación del procedimiento más apropiado y conveniente, como así también la evaluación de cuales son los intereses públicos que se tienden a satisfacer, o en otros términos cual es la mejor forma de satisfacerlos. Esta indeterminación es un foco potencial de maniobras corruptivas, por cuanto no existen pautas claras que determinen la elección de uno u otro procedimiento o modalidad de contratación.

**Recomendaciones:** Sugerimos su eliminación o modificación, estableciendo los parámetros básicos en la Ley.

**Desarrollo:** La redacción de esta norma, genera falta de transparencia por la ausencia de publicidad. Además aumenta el margen de discrecionalidad de los funcionarios compradores, desvirtuando los preceptos de publicidad, transparencia, concurrencia e igualdad. No se puede pretender combatir la corrupción restringiendo la publicidad del acto licitatorio.

Además, resulta arbitraria la justificación de compra “cuando el valor de contrato así lo justifique o haya un número reducido de proveedores u otras razones excepcionales que justifiquen este empleo distinto a la de la licitación pública”, porque deja sometida la compra a la decisión unilateral del funcionario de turno, pretendiéndose así justificar una grave violación a los derechos fundamentales de los administrados y de los principios enunciados.

Se partiría así de la concepción incorrecta de la infalibilidad del juicio de los funcionarios, y de la premisa que los mismos siempre actúan conforme a derecho y que sus decisiones son incuestionables, puesto que siempre se ajustan al ordenamiento jurídico, la igualdad, la justicia y la legalidad.

Por lo expuesto, esta norma otorga excesivas facultades a quienes administran los fondos públicos, en aspectos que hacen justamente a los resortes de control ciudadano. Es así que los administradores que deben ser controlados, al invitar selectivamente a empresas podrían determinar que administrados los controlarán.

El artículo que cuestionamos ha sido redactado con esa nefasta concepción de autoritarismo, en la cual en forma ilimitada se acumulan facultades discrecionales en los funcionarios compradores.

Lamentablemente esta norma, en caso de no excluirse, generará un daño. Por ello, los responsables públicos que deben legislar y aplicar las normas, deben tomar conciencia que el respeto ineludible de los derechos constitucionales de trabajar, de ejercer industrias lícitas, de vender sin restricciones los productos de producción, industria y comercio, y fundamentalmente de peticionar a las autoridades y ejercer legítimamente el derecho de defensa, constituyen la Biblia a la cual debemos someternos sin discusión.

**PONENCIA: PUBLICIDAD DEFICIENTE. IMPOSICION OBLIGATORIA DE LA DIFUSION DE LOS PLIEGOS (art. 64)**

**Diagnóstico:** La publicidad no tiene una adecuada técnica legislativa, y nuevamente el Legislativo resigna excesivas facultades a favor del Ejecutivo, sin razones jurídicas, prácticas ni de interés público que lo justifique. No establece la obligatoriedad de difusión por Internet, tanto de las convocatorias como de las etapas de procedimiento.

**Conclusiones:** Cuando el ciudadano medio piensa en la corrupción, señala en primer término a las contrataciones del sector público. Si no se imponen pautas obligatorias de publicidad, se está frustrando uno de las demandas de la ciudadanía, en pos justamente de la transparencia para encarar con mejores armas la lucha contra la corrupción. No se comprende en consecuencia, como el Legislativo puede delegar una tarea tan delicada en el Ejecutivo, permitiendo así que quien debe ser observado y auditado por los actores ciudadanos, imponga sus propias normas de publicidad y control.

**Recomendaciones:** Incluir en forma clara, precisa e inconfundible la publicidad en el Boletín Municipal y la difusión por internet.

**Desarrollo:** Consideramos que el tema ha sido tratado con poca claridad y con una deficiente técnica legislativa (arts. 64 y sigts.), ya que no se establecen cuales son los procedimientos que se publicitarán en el Boletín Municipal y en el sitio de Internet del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

**1.) Difusión por Internet:** Consideramos, que debe incluirse en la ley la difusión obligatoria en Internet o cualquier otro medio electrónico que lo reemplace, para todas las convocatorias realizadas en contrataciones o concursos públicos, privados, directas, etc., cualquiera sea el procedimiento y modalidad de selección que se utilice, cumpliéndose así el principio de transparencia.

**2.) Difusión obligatoria de las etapas del Procedimiento Administrativo:** Se debería incorporar también en la ley, la difusión por Internet de las convocatorias, proyectos de pliego, actas de apertura, adjudicaciones, ordenes de compra o el contrato, y toda otra información que la reglamentación determine.

Decimos lo anterior, ya que para obtener la máxima concurrencia en los procesos licitatorios, es menester que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado; de allí la importancia de la publicidad. La acción de difundir las licitaciones constituye uno de sus principios básicos, que hace a su validez y legalidad debiendo la ley marco tratar el tema en forma minuciosa, sin dejarlo al criterio de la reglamentación.

La "concurrencia, igualdad y publicidad, son los principios básicos que rigen el procedimiento licitatorio. El primero tiende a asegurar el mayor número de oferentes.." (S.T. Mendoza,

Racconto Femenia S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa, expte. 50577, 9/6/94).

El principio de publicidad en la licitación no está dado solamente para la divulgación de los actos públicos, sino también para obtener más oferentes en la licitación, con la consiguiente mejora de precios y el ahorro de los inútiles costos de eventuales licitaciones desiertas.

En consecuencia, de la publicidad se beneficia el proveedor porque puede cotizar y vender, y el Estado, porque compra mejor y con menor costo. Pero no hay duda que el gran beneficiado final es el interés público.

Teniendo en cuenta el principio de igualdad entre los oferentes y el de concurrencia al evitar la formulación de pliegos con cláusulas restrictivas, podemos decir que la transparencia del acto se consolida con la publicidad, y por lo tanto, la competencia surge no sólo como garantía de mejor precio sino también como autocontrol de legitimidad y eficiencia.

La publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia, generando en cada caso la máxima competencia posible para garantizar la igualdad de acceso a la contratación y proteger así los intereses económicos de la Nación, optimizando la utilización de los fondos y la satisfacción de las necesidades del Estado.

También este principio es de raíz constitucional, porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno, adoptada por el art. 1 de la ley fundamental.

En la doctrina constitucional, a partir del principio republicano de la responsabilidad de los funcionarios públicos y de la idea de que donde hay un poder de gobierno, cualquiera sea el ámbito de que se trate, debe haber una responsabilidad, se ha derivado, como consecuencia, a la publicidad de los actos de gobierno como instrumento imprescindible para hacer efectiva aquella responsabilidad.

Ese concepto conjuga con el pensamiento de Marienhoff, quien, al referirse a la publicidad, con cita de Jéze, afirma: "La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la "publicidad" es la garantía de que todo se hará correctamente".

**PONENCIA: GARANTIA PARA IMPUGNAR PLIEGOS Y PREADJUDICACIONES. SU INCONSTITUCIONALIDAD (art. 50).**

**Diagnóstico:** La inclusión en el proyecto de ley consensado de una garantía económica para impugnar, tanto para cláusulas del pliego como para preadjudicación, es una limitación que obstaculiza la facultad constitucional de los gobernados de verificar una conducta de la Administración, la cual puede estar viciada de nulidad, coartando la colaboración del proveedor y frustrando así la posibilidad de revocar el posible error.

**Conclusiones:** A nuestro juicio, esta exigencia contraviene principios esenciales del Procedimiento Administrativo, respecto de los cuales no existen motivos para apartarse en el ámbito de la licitación pública. Imponerlas, no guarda relación ni coherencia con la característica de gratuidad que existe en el mismo, contradiciendo de este modo la pauta no sólo de considerar al proponente como un colaborador de la Administración, sino también conspirando contra la transparencia del ejercicio de la función administrativa del Estado.

Asimismo, esta imposición violenta el principio de legalidad por afectar garantías constitucionales tanto a nivel nacional (C.N. arts. 22, 28, y 33), del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, así como también violándose las Leyes de Procedimiento Administrativo Ley 19549 y Decreto 1510/97.

**Recomendaciones:** Se avale el Proyecto Araujo (Unión para Recrear Buenos Aires), en cuyo artículo 6 se establece gratuidad en las impugnaciones y recursos en general presentados por los administrados, debiéndose considerar como colaboración en el control de la gestión de la Administración.

**Desarrollo:** La garantía exigida para impugnar el pliego o la preadjudicación, es una práctica que lamentablemente se difundió en el ámbito del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y que se plasmó actualmente en la norma de proyecto de ley, sin observarse la grave violación constitucional que ésta produce.

Decimos lo anterior, dado que todos los sistemas institucionales son arquitecturas legales diseñadas conforme el modelo de organización política, que pretende interpretar las aspiraciones sociales de un momento histórico determinado con relación al juego de los poderes derivados de la convivencia.

Estos diseños dividen el ejercicio del poder, imponiéndole límites, allí donde los mismos pueden afectar los intereses en juego.

La administración del país forma parte del poder que nos ocupa, y la celebración de contratos una de sus más típicas manifestaciones. En este ámbito, se observa una lucha permanente por acumular un mayor margen de discrecionalidad por parte de los funcionarios administradores,

oponiéndose a la pretensión de acotarla mediante el marco regulatorio adecuado por parte de los administrados.

Esta lucha entre mayor o menor discrecionalidad, es confundida con el mayor o menor poder de los soberanos (ciudadanos y habitantes) para controlar los actos de sus gobernantes, el que bajo ningún aspecto puede ser restringido, salvo cuando está en peligro la misma existencia del Estado.

Así se ha observado en los últimos años, la pretensión arbitraria de restringir el legítimo ejercicio de control ciudadano, mediante la imposición de garantías para impugnar la preadjudicación y/o el pliego de condiciones particulares, cuya única finalidad es desalentarla.

La exigencia de una garantía en efectivo para impugnar el acto de preadjudicación, atenta contra el derecho de defensa y el debido proceso adjetivo que las leyes de procedimiento garantizan y regulan. En efecto, en la Leyes de Procedimientos Administrativos que rigen tanto en el ámbito municipal (Decreto 1510/97) como en el nacional ( Ley 19.549 y su decreto reglamentario Dto. 1749/72) no imponen garantizar las peticiones, recursos, etc.

Tampoco en los actuales reglamentos de compras del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Decreto 5720/72), Nación (Decreto 436/2000), Provincia de Buenos Aires (Decreto 3300/72), se imponen la constitución previa de garantías para cuestionar la preadjudicación permitiendo lisa y llanamente su ejercicio sin otro requisito que los establecidos en su articulado.

A pesar de la normativa expuesta, se pretende imponer en la ley esta cláusula, violándose de esta manera el principio de legalidad administrativa.

La Administración Pública debe actuar conforme el ordenamiento jurídico, y en caso que así no lo haga el acto será nulo de nulidad absoluta e insanablemente nulo, debiéndose declarar tal circunstancia aun de oficio (arts. 14 del Decreto 1510/97y art. 14 y sigts. de la Ley 19549).

Por ende, es absurdo limitar u obstaculizar la facultad constitucional de los administrados para solicitar la rectificación de la conducta viciada de nulidad de la Administración.

Evidentemente, no se puede coartar la colaboración del administrado a fin que el Estado actúe dentro del marco de legalidad, como así tampoco el derecho de solicitar la revisión de un acto viciado que lo perjudica. La Administración no puede limitar las denuncias de ilegitimidad (en sentido lato) perdiendo la oportunidad de legitimar su conducta, y de considerar al particular oferente como colaborador de la Administración, aunque lo realice en defensa de sus derechos subjetivos.

La jurisprudencia ha determinado al respecto que: “el recurrente administrativo concurre como **colaborador** en la elaboración de la decisión administrativa aún cuando defiende sus derechos subjetivos, derivando de esa categorización del particular las reglas del informalismo y la impulsión de oficio (Derusse de Fernández, Graciela Belkis c/Provincia de Santa Fe s/Recurso Contencioso Administrativo de plena jurisdicción , Considerando 5, 24/04/1986, J.A., 1987 – 1 – 589 y “Fallos”, 308-633).

Asimismo, la Jurisprudencia ha sido clara y precisa al determinar las características que reviste la utilización de la vía administrativa al decir que: “La finalidad del requisito de agotar la vía administrativa antes de iniciar la acción judicial es, entre otras, la de acordar a la

Administración oportunidad de revisar el asunto y revocar el error” (C.N.Cont. Adm. Fed., Sala IV, 17 Febrero 1987, ED, 127 373). En otras circunstancias expresó que: “No debe olvidarse que la finalidad del reclamo administrativo previo es producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dar a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad y convivencia de lo actuado por los órganos inferiores” (C.S.J.N., 10 Mayo 1988, ED 129-211, con nota de Germán J. Bidart Campos).

En otro orden de ideas, y siguiendo a José Roberto Dromi en su obra “El Procedimiento Administrativo” (Editorial Instituto de Estudios Administrativos Locales, España 1986), a diferencia del proceso judicial, el procedimiento administrativo es absolutamente gratuito. Es una condición de participación posible e igualitaria. Por ello, no hay condena en costas ni se requiere en las impugnaciones abonar impuesto o tasa alguna. Ese es un principio, para evitar que en el orden práctico las Administraciones engendren trabas contributivas al procedimiento administrativo. Por ejemplo tasa o impuesto de justicia, de sellos, aportes jubilatorios (ob. cit., pág. 76; ídem García de Enterría y Fernández en su Curso de Derecho Administrativo, tomo II, pág. 409; ídem.ídem. Cappelletti Mauro y Garth Bryan, El Acceso a la Justicia, Colegio de Abogados de La Plata, La Plata 1983, pág. 30, etc.).

En el art. 14, tanto de la Constitución Nacional como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en sus disposiciones se establece el derecho de peticionar a las autoridades sin que pueda imponerse por ello sanciones o restricciones.

Esta facultad deriva de la forma representativa y republicana de gobierno adoptado por nuestra Carta Fundamental (v.Preámbulo y art. 1º), delineada entre otros por su art. 22 (C.N.).

Es así que no puede ser alterado por norma alguna (art. 28 CN) ni tampoco puede interpretarse restrictivamente (art. 33 CN).

Conforme el art. 22 ap. f) 1, 2 y 3 del Decreto 1510/97, el procedimiento administrativo debe garantizar a los administrados el debido proceso adjetivo, mediante procedimientos informales, rápidos, económicos, sencillos y eficaces.

En este orden de ideas la Constitución Nacional, la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la legislación complementaria, han creado un sistema que compatibiliza esos derechos con los límites impuestos por la gobernabilidad del sistema.

En consecuencia, el derecho de defensa y del debido proceso adjetivo del administrado comprende, conforme lo señala el art. 7 de las Leyes de Procedimientos Administrativos mencionadas, la posibilidad de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

También se señala que en el supuesto que se discutan cuestiones jurídicas, el patrocinio letrado será obligatorio, garantizándose de esta forma que el Estado no se vea importunado por peticiones irresponsables.

Finalmente cabe indicar que conforme lo dispone el art. 12 de las citadas leyes “el acto administrativo goza de presunción de legitimidad”; por cuyo motivo su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios –a menos que la ley o la

naturaleza del acto exigieren la intervención judicial- e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Por ello, alegar que mediante dichas imposiciones se pretende proteger a la Administración de impugnaciones dilatorias, solo demuestran lo inexacto de las mismas, por cuanto la ley otorga los instrumentos suficientes y necesarios para garantizar al administrado la adecuada defensa de sus derechos y a la Administración el correcto ejercicio de la función administrativa.

Siguiendo este orden de ideas Julio Rodolfo Comadira en “La Licitación Pública” (Ed. Depalma, año 2000, pág. 36) expresó que: “Desde nuestro punto de vista, las impugnaciones particulares no deben ser valoradas, institucionalmente, como obstrucciones al accionar administrativo. Ciertamente puede haberlas de esa clase; y, en realidad, la experiencia administrativa lo demuestra. Sin embargo, la regulación recursiva no puede partir de esa base patológica, porque la regla sigue siendo la contraria. (...) La exigencia de garantías de impugnación en el ámbito del procedimiento licitatorio es contradictoria con la esencia misma del procedimiento administrativo recursivo y, además, conspira contra la transparencia del ejercicio de la función administrativa del Estado”.

Se intenta insertar la idea de que los proveedores y contratistas son los responsables de las dificultades que sortea la Administración en sus compras, con el consiguiente encarecimiento que ello implica. Es así que tácitamente se responsabiliza a las empresas proveedoras del cohecho, la corrupción, las coimas y por ende el encarecimiento de las compras del Estado. También se la responsabiliza del atraso en las compras producto del ejercicio del derecho de defensa y petionar a las autoridades.

Este sistema no beneficia a la Administración Pública, sino sólo al funcionario quien verá de este modo debilitada una de las tantas instancias de control, que en este caso ejerce el propio interesado, colaborando así con la Administración en la preservación del principio de legalidad. En conclusión, este tipo de garantía atenta contra el sistema republicano, por cuanto se sanciona a quien formula una denuncia por una ilegalidad, actuando en el caso el denunciado como Juez y parte, permitiéndole así cubrir sus propias falencias y coartando el autocontrol de la Administración en la búsqueda de la verdad y la justicia.

**PONENCIA: COMPRAS REALIZADAS A TRAVES DEL “FONDO DE EMERGENCIA PARA LA SALUD”**

**Diagnóstico:** El Decreto 7/98, establece el “Fondo de Emergencia para la Salud”, con el objeto de adquirir insumos críticos no previsibles y cuya demora en su cobertura pudieran implicar riesgos para pacientes o bienes del sistema de salud.

En la práctica, el espíritu de la norma ha sido desvirtuado, ya que en lugar de utilizarse como procedimiento de excepción como indica la norma, más del 90% de las compras hospitalarias adoptaron en la práctica cotidiana este método de compra, eludiendo así los principios de igualdad, concurrencia y transparencia.

**Conclusiones:** No estamos en desacuerdo con dicho sistema, sino con la aplicación incorrecta, generalizada e indiscriminada que incumple los objetivos de la norma.

**Recomendaciones:** Sugerimos se incluya en la norma los arts. 25 y 26 del Proyecto Araujo (Unión para Recrear Buenos Aires) que establecen lo siguiente: “La declaración de nulidad de contratos o procedimientos de selección, como consecuencia del apartamiento del régimen de la presente ley o de la Ley 70 de la Ciudad, impondrá la inmediata realización del sumario administrativo pertinente para atribuir o deslindar responsabilidad económica, administrativa y/o penal que pueda caberle a los responsables” (art. 25); y “Cuando se hubiere celebrado un contrato administrativo que ostente un vicio de procedimiento de acuerdo a lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Procedimientos Administrativos aprobada por Decreto 1510/97, y el contratista hubiere cumplido íntegramente con la prestación a su cargo, se reconocerá en todos los casos el pago del precio convenido, aún cuando se hubiere decretado la nulidad del contrato” (art. 26).

**Desarrollo:** Para la utilización de este procedimiento de excepción, se deben concurrir algunos requisitos esenciales con el fin de habilitar su procedencia.

Las razones de urgencia con el fin de habilitar una Compra de Emergencia, no pueden constituirse en un instrumento simulador que reemplace al procedimiento que debe existir por principio general, como es el licitatorio.

Cuando se trata de razones de urgencia debidamente fundadas, sólo se podrá adquirir por ese mecanismo aquellas cantidades que permitan que el órgano estatal continúe funcionando mientras se efectúa el procedimiento de selección correspondiente, y no constituirse en una práctica cotidiana.

Muchas veces bajo la apariencia de una compra de emergencia por razones de necesidad, se esconde una licitación pública simulada, debido a que las cantidades requeridas o exceden largamente la de una eventual urgencia o contingencia que podría paralizar la actividad del organismo, o bien se fraccionan ininterrumpidamente.

No obstante lo expuesto, la emergencia debe resultar de una circunstancia apremiante en que la necesidad pública tiene que satisfacerse con toda premura.

La ley determina que la misma debe ser debidamente acreditada en las respectivas actuaciones. La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado al respecto que “la urgencia, invocada como razón de excepción al procedimiento de la licitación pública, para ser probada requiere estudios técnicos objetivos previos que la califiquen como cierta ... “no basta para usar un procedimiento de excepción al régimen general de las licitaciones , calificar una compra de urgente, sino que deben tomarse además todas las medidas eficientes para efectuarla con premura “(PTN, dictámenes ,77:265; 70:127; 77:43, 86:367;198:178).

La compra de urgencia o emergencia “deberá ser aprobada por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad “,expidiéndose en base a criterios objetivos. Al respecto, la Procuración del Tesoro ha determinado que “De modo alguno puede la determinación de la misma quedar librada al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma” (PTN ,dictámenes ,77:265).

### **INCLUSION DE NORMAS FALTANTES**

1. **Gratuidad de los pliegos:** Sugerimos se incluya esta norma, a los efectos de ampliar la concurrencia, aplicando la tecnología informática.
2. **Mora en el pago.** No es equitativo imponer solo obligaciones para el contratante y no prever las consecuencias de la mora, como hoy sí está previsto en el régimen del Decreto 5720/72. El proyecto sigue una corriente negativa y autoritaria en la materia, que ha iniciado el Decreto 436/00 y que dejó de lado la tradición jurídica en la materia.
3. **Resarcimiento** Debe determinarse el resarcimiento pleno a favor del contratante, derivado del ius variandi de la Administración.