

LA FINANCIACIÓN DE LAS OBRAS Y LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA DEL ESTADO. NECESIDAD DE REFORMA

I. INTRODUCCIÓN

Asistimos a este interesante debate, merced al intento de actualizar el texto de la legislación nacional de obras públicas.

Antes de ahora y desde los tiempos en que vio la luz el proyecto de ley elaborado por el Consejo Interprovincial de Ministros de Obras Públicas –CIMOP– en el año 1980 y el correspondiente a ese año también de la Provincia de Buenos Aires, modificando la vieja Ley provincial N° 6.021, se han sucedido diferentes intentos con mayor o menor vigor y cito aquí el Proyecto Dovená (1986) y el Anteproyecto de Ley de Contratos del Estado con origen en el ex Ministerio de Obras y Servicios Públicos (1990).

En mérito a ello el tema que se me ha asignado se origina en la inquietud –por cierto que lógica y bien fundada– de examinar la posible necesidad de la reforma de la actual Ley N° 24.156 de Administración Financiera y Control del Sector Público Nacional.

II. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO ES LEY PARA LAS PARTES

No con la intención de refutar las razonadas críticas que se han formulado al texto del anteproyecto de actualización de la ley nacional, en cuya elaboración tuve el honor de participar, por parte de los diferentes expositores que me han precedido, sino en el afán de ubicar la discusión en un marco preciso, *advierto que lo que no se ha dicho y que el anteproyecto refleja claramente*, es que *el contrato administrativo de obra pública es una especie del género contrato y que como tal es fuente de obligaciones para las partes y por lo tanto de legalidad administrativa.*

En efecto, conforme lo ha reconocido tanto la doctrina nacional (Marienhoff, Berçaitz, Escola, Mairal) y extranjera (Garrido Falla, Santamaría Pastor, Parejo Alfonso) como la jurisprudencia judicial, en particular la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causas "Marocco", "Dulcamara", "Intecar", "Montes" y "Necon") rige en materia de contratación administrativa el precepto contenido en el Art. 1.197 del Código Civil, según el cual –conviene recordarlo– *las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma*, sin por ello perder de vista que el mismo debe convivir con el de la *mutabilidad* del contrato, en

Por Eduardo Mertehikian

Abogado. Profesor Titular de la "Maestría en Abogacía del Estado" de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, dependiente de la Procuración del Tesoro de la Nación. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo en la Universidad Católica de Buenos Aires

virtud de la defensa del interés público siempre presente en ellos (criterio *finalista* que el anteproyecto recoge expresamente, apartándose abiertamente de la actual Ley N° 13.064 que —como se sabe— define a la obra pública bajo el criterio del origen de los fondos).

Por sólo citar un caso, como bien ilustra el Dr. Coviello en el "Estudio Preliminar" incluido en mi reciente trabajo *Estudios sobre Contratación Pública*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Moroco" (Fallos 312:84) sostuvo:

"... la modificación unilateral de lo convenido por las partes llevada a cabo por la Administración con independencia de la voluntad del contratista, no puede justificarse a la luz de lo expresamente dispuesto por el Art. 1.197 del Código Civil, sin que la posibilidad reconocida a la Administración Pública de poder alterar los términos del contrato en función del *ius variandi* pueda extenderse a supuestos [...] en el que no se ha alegado y menos aun ha sido materia de demostración, cuál es el interés público que resultaría comprometido en caso de no accederse a la pretensión de la comitente de hacer prevalecer su voluntad sobre la clara manifestación en contrario de la adjudicataria".

III. LA BUENA FE

El otro principio rector que rige en esta materia es el de la *buena fe* contenido en el Art. 1.198 del Código Civil y del cual el anteproyecto tampoco reniega. La ausencia de una previsión expresa en ese sentido, obedece sencillamente a que su inclusión hubiera implicado no sólo una obviedad, sino una ociosa reiteración de conceptos ya incorporados a nuestro régimen jurídico.

Me pregunto, de qué otro modo deben cumplirse, sino es de buena fe, las estipulaciones contractuales que obligan a las partes como la ley misma.

La jurisprudencia es rica en antecedentes fallados en orden a la plena aplicación de este precepto en la contratación administrativa.

El citado principio rector, implica a su vez, la de resultar plenamente aplicable la denominada doctrina de los *actos propios*, que —como se sabe— veda a las partes ejercer conductas que se encuentren en pugna con sus anteriores decisiones. Bien entendido que para que la doctrina resulte aplicable, debe reunirse forzosamente el denominado requisito de la *unidad de situación jurídica*, según el cual la doctrina comentada se restringe a aquellos casos en los cuales la contradicción se observa dentro del marco de una misma relación o situación jurídica.¹

De otra parte, la plena vigencia de este principio comporta una razón adicional para la inclusión en el anteproyecto de la "excepción de incumplimiento contractual".

IV. LA LEY DE ADMINISTRACIÓN FINANCIERA Y LA VIOLACIÓN DE SUS PRECEPTOS

Ahora bien, por qué digo todo esto, porque sin perjuicio de reconocer la necesidad de su reforma en variados aspectos, creo que el problema se centra más en la sistemática violación de los preceptos contenidos en la Ley N° 24.156.

Tal violación se verifica en dos ámbitos o —si se quiere— de dos maneras diferentes.

a) Por un lado, en el incumplimiento de la clara disposición contenida en su Art. 15, toda vez que éste prescribe que cuando se deba contratar una obra cuyo plazo de ejecución exceda el ejercicio financiero del presupuesto en el cual se la ha incluido "debe" preverse el financiamiento futuro.

La norma no deja lugar a dudas, ya que seguidamente establece:

"... La aprobación de los presupuestos que contengan esta información por parte de la autoridad competente, implicará la autorización expresa para contratar las obras y/o adquirir los bienes hasta por su monto total..."

Obtenido de tal manera el "crédito legal", por la habilitación de la competencia administrativa merced al acto *institucional* legislativo (presupuesto) en el cual la obra o la adquisición se incluye, le cabe al particular el derecho a exigir el cumplimiento íntegro y estricto del pacto (que —no olvidemos— conforma la ley de las partes) o, en su defecto, la indemnización de los perjuicios que su incumplimiento le ocasione.

Tal es uno de los sentidos que cabe asignarle a la disposición contenida en el Art. 114 del anteproyecto, que recepta el criterio de la responsabilidad por actividad legítima, en el caso de que la decisión (ley, reglamento o acto) se adopte en ese marco.

Tal es también, la finalidad que inspira el Art. 89 del anteproyecto, en cuanto al regular el sistema de percepción directa, dispone que el comitente "deberá establecer sistemas o convenios de asistencia financiera con entidades de crédito públicas o privadas, que permitan a través de la intervención de ellas, el cobro directo y en término de los certificados".

b) El otro ámbito en el que se verifica un persistente incumplimiento de la preceptiva de la Ley N° 24.156, es el relativo a la *inclusión* en las diferentes leyes de presupuesto de normas de carácter que o bien poseen carácter permanente o son derogatorias de otras normas generales.

Las leyes de presupuesto poseen como una de sus características más salientes, la de su "temporalidad".

Más precisamente, su carácter "anual", que hace que estén de antemano dirigidas a regir sólo por un período predeterminado de tiempo, a cuyo vencimiento, y salvo circunstancias siempre excepcionales, pierden vigor.

No obstante esa vigencia transitoria, ha sido una práctica generalizada que las diferentes leyes de presupuesto incluyan disposiciones de contenido general y abstracto, que no sólo

¹ Mairal: *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, pp. 67 y 69.

exceden el ámbito de vigencia temporal de aquéllas, sino que en muchas ocasiones trascienden la esfera de actuación de las estructuras estatales, para incidir en forma "directa" en el ámbito de actuación los particulares administrados.

Para sortear el obstáculo de la temporalidad antes señalada, se ha acudido al expediente de enviar a la denominada "Ley Permanente Complementaria de Presupuesto" aquellas disposiciones que—como lo señaláramos—tienen vocación permanente. Así, fue dictada la Ley N° 11.672, respecto de la cual, anualmente también, el Poder Ejecutivo Nacional ordena el texto de las disposiciones que permanecen vigentes.

Grave error, pues la ley de presupuesto que si bien en su aspecto exterior o formal constituye una ley, no lo es desde el punto de vista sustancial o *intrínseco*. Desde este ángulo, y siguiendo en ello la opinión de autorizada doctrina conforma lo que ha dado en denominarse un *acto institucional*.

Como bien cita Barra,² es Marienhoff quien entre nosotros aísla esta institución del derecho administrativo, correspondiendo incluir en la misma a aquellos actos que se vinculan a la *organización y subsistencia* del Estado. El *acto institucional* no va dirigido a persona alguna en particular o a algún administrado determinado.³

Esta categoría fue creada con el confesado propósito de reducir el ámbito de inmunidad jurisdiccional de ciertas decisiones estatales, como son los denominados *actos de gobierno o políticos*, los que sí están sometidos al control judicial.

Recientemente, el propio Marienhoff se ha encargado de pasar revista a los autores que se han enrolado en esta postura, entre quienes cabe citar a Cassagne; Mercado Luna; Heredia; Linares; Linares Quintana; Bianchi; Barra y—más modestamente por cierto—quien les habla.⁴

Precisamente, la doctrina ha incluido al *presupuesto*—como bien se encarga de recordarlo el autor seguido—dentro de esta categoría. La Ley N° 24.156 no ha receptado con buen criterio esa corriente de opinión, recién expuesta brevemente.

Pero aun asumiendo que la "Ley de Presupuesto" constituye una "ley" tanto en sentido formal como material y no "un acto institucional" como nosotros creemos, o que no obstante, de aceptarse la tesis que la enrola en esta última calificación puede contener disposiciones permanentes (circunstancia que expresamente rechazamos), deberá convenirse con nosotros que no sólo no es de correcta técnica legislativa, sino que—y más gravemente aun—dada su escasa difusión y el interés que despierta por el contenido usual de sus normas, no se cumple sino de un modo extremadamente "ficto" con el requisito de la debida publicidad de los actos de gobierno, como postulado esencial del Estado de Derecho.

Pues bien, cabe citar que el Artículo 20 de la Ley N° 24.156 asigna fundamento a lo que venimos diciendo, toda vez que "impide" que en el texto de la Ley de Presupuesto se incluyan disposiciones como las comentadas.

Previamente debemos recordar que el Artículo 19, incluido en la Sección I del Capítulo II de la Ley N° 24.156, dispone que:

"La ley de presupuesto general constará de tres títulos cuyo contenido será el siguiente:

Título I. Disposiciones generales:

Título II. Presupuesto de recursos y gastos de la administración central:

Título III. Presupuesto de recursos y gastos de los organismos descentralizados".

A su tiempo, el citado Artículo 20 de la Ley N° 24.156 establece que:

"Las disposiciones generales constituyen las normas complementarias a la presente ley que regirán para cada ejercicio financiero.

Contendrán normas que se relacionen directa y exclusivamente con la aprobación, ejecución y evaluación del presupuesto del que forman parte. En consecuencia, no podrán contener disposiciones de carácter permanente, no podrán reformar o derogar leyes vigentes, ni crear, modificar o suprimir tributos u otros ingresos".

Ahora bien, no obstante tan claro y plausible postulado, se observa cómo las diferentes normas de presupuesto dictadas con posterioridad infringen la "prohibición general" antes transcrita.

Tal es el caso de la Ley N° 24.447 que al "aprobar" el presupuesto para el año 1995 ha incluido varias disposiciones que, ostentando carácter permanente, o bien derogan otras soluciones legales (vgr. Arts. 25, 26 y 27 imponiendo caducidades de derechos), o bien asignan competencias administrativas que exceden la vigencia de la norma en la que han sido incorporadas, con el agravante, en este último caso, de no haber sido enviadas al cuerpo de disposiciones de la Ley N° 11.672 (vgr. Art. 30 otorgando facultades de la SiGEN para imponer sanciones).

Ciertamente, los defensores de semejante técnica habrán de sostener que al poseer el mismo rango, las normas posteriores contenidas en la Ley de Presupuesto prevalecen respecto de las dictadas con anterioridad que las contradicen, aunque con ello no se resuelven—según nuestro criterio—los reparos que el asunto plantea.

De igual manera y aun cuando el tema merece tratamiento particularizado, cabe citar la Ley N° 24.624, que procedió a aprobar el presupuesto del año 1996, contiene preceptos como los de los Arts. 19, 20 y 21, que—a mi modo de ver—son flagrantemente inconstitucionales, pues importan tanto como resolver que el Estado se encuentra fuera del orden jurídico.

² Cfr. Barra, Rodolfo C.: "Aspectos Jurídicos del Presupuesto", RAP N° 98, p. 7 y ss.

³ Cfr. Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II N° 580.

⁴ Cfr. del autor *Ley de Administración Financiera y Control de Gestión*, Buenos Aires, 1995, 3era. edición, p. 11.

Recordemos que tales normas disponen la inejecutabilidad de las sentencias condenatorias dictadas contra el Estado y la inembargabilidad de sus fondos sin fijar plazos para su cumplimiento y de tal manera, con semejante técnica legislativa, la situación para el particular acreedor se agrava, pues pareciera que ni siquiera ya resulta aplicable el procedimiento del Art. 22 de la Ley N° 23.982, que limitaba la ejecución de sentencias y actos administrativos de un modo de dudosa constitucionalidad.

Es de desear —como van las cosas— que a escasos tres años del siglo XXI, al legislador no se le ocurra derogar la Ley N° 19.549 de procedimiento administrativo y volver a un estadio anterior al año 1900, fecha en la cual —como se recordará—

se dictó la vieja Ley N° 3.952 de Demandas contra la Nación y así, exigir nuevamente la venia legislativa para demandar al Estado Nacional.

Más allá de esta ácida (aunque pertinente) crítica, si se pretende que nuestro sistema jurídico responda a los postulados que en general se pregonan para que el mismo confiera "seguridad jurídica",⁵ está claro que la práctica comentada debe decididamente abandonarse y antes de destinar tiempo en una reforma de la Ley N° 24.156, que —reitero— en determinados aspectos debería ser revisada, habría que considerar —seriamente— reclamarle al legislador que la cumpla.

Muchas gracias.

⁵ Confrontar Rogers, William D.; Wright; Paolo; Carroza: *La Corte Suprema de Justicia y la Seguridad Jurídica*, Edit. Abaco, p. 15 y ss.