

EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATACIONES DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES.

La Asociación Argentina de Abogados de la Construcción considera loable la iniciativa plasmada en el Proyecto de Ley de Contrataciones N° 2562-J-04, no obstante lo cual creemos que el proyecto contiene cuestiones que deben ser reanalizadas, trabajando más a fondo algunos de los temas regulados, algunos de los cuales merecen de nuestra parte observaciones que se describirán a continuación.

Entre ellas, puntualizamos la falta de tratamiento equitativo a los derechos y obligaciones del Estado, por una parte, y de los proveedores, por la otra, y ello no podría ser tomado como ejemplo en un futuro proyecto de Ley de Obras Públicas para la Ciudad de Buenos Aires, en cuya elaboración esta Asociación desea participar.

Por ende, a la luz del avance que implica el proyecto en análisis, y a partir de algunas modificaciones que podrían realizarse en pos de un texto más consistente, proponemos la formación de una Comisión Relatora, conformada con miembros de la Legislatura y organizaciones no gubernamentales, en la que nuestra Asociación expresa su voluntad de colaboración, sumando trabajo y esfuerzos para lograr el objetivo propuesto.

Algunas observaciones y comentarios sobre el texto del Proyecto N° 2562-J-04.

I) El primer lugar, el proyecto en análisis no se enrola decisivamente en ningún criterio de calificación de los contratos administrativos, por lo que la aplicación del régimen puede ser burlada mediante el sólo recurso de sostener que determinado contrato debe estar sujeto a un régimen de derecho privado. Por ello se propicia la eliminación lisa y llana del Art. 5º, el cual no aporta claridad al sistema.

Consideramos que todos los contratos que celebra el Estado (sea nacional, provincial o municipal) son contratos estatales y como tales, existiendo contraprestación que aplique fondos públicos genuinos o de compromisos a futuro, deben estar sujetos a un régimen de selección de contratistas y de cláusulas exorbitantes típicas que permita el ejercicio de los controles propios de un régimen republicano.

II) El segundo, es la casuística que se observa en el tratamiento de los distintos tópicos que aborda el Proyecto, que no se justifica con la misión docente de la Ley sino que opaca el juego interpretativo de los procedimientos de selección.

Si el Estado quiere adquirir un bien o servicio en el mercado, debe poder hacerlo de modo que resulte ventajoso y conveniente a su economía y tratando de satisfacer los tres requerimientos contenidos en el art. III inc. 5) de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759, en el que se dispone que “los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: ...5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

Ese es el marco regulatorio y el referente institucional, además de las mandas contempladas en el Estatuto o Constitución de la CABA, cuyos programas no se alcanzan a ver plasmados íntegramente en el proyecto de norma en análisis.

Si los sistemas son casuistas y se contemplan múltiples posibilidades de contratación, lo más probable es que nos perdamos en farragosos procedimientos no siempre bien regulados y que se apunte luego a la contratación de excepción por parte de cada Organismo de la CABA, invocando particularidades propias de su gestión, con un mosaico de diferentes características y dificultoso ensamble de sus piezas.

Ello dificultará la labor de control y, por ende, fracasará alguno de los objetivos del sistema, esto es, no habrá equidad, o eficiencia o publicidad y, por sobretodo, se imposibilitará el control o se hará de tan sofisticada aplicación que sólo será un control aparente y meramente formal.

LA LEY DE COMPRAS DE LA CIUDAD debe ser una LEY LIMPIA. Esto es, debe ser algo que sea transparente, pulcro y en donde la regla sea comprar lo más conveniente, determinándose los criterios de conveniencia a priori para evitar el direccionamiento de las adjudicaciones.

Si bien el proyecto abreva en diversas normas nacionales y fuentes de diversos proyectos y sistemas, creemos que el proyecto en análisis es alambicado, casuista y demasiado abierto, siendo muchos los principios y pocas las prioridades que se fijan a los mismos.

Por tal razón consideramos esencial el referirse a los tres principios de la norma madre constituida por la Convención Anticorrupción. Es el modo de evitar la hiper regulación contenida en el proyecto en análisis que tiene una estructura de más de 105 artículos.

Es como el derecho argentino, tenemos más de 26.000 leyes (sin contar los DNU, los reglamentos delegados, las normas del mercado de valores, las circulares del BCRA y las resoluciones del Consejo de la Magistratura, además de las acordadas de los tribunales superiores) y es muy difícil que se apliquen con claridad.

Un régimen de compras no puede tener pretensión de bastarse a sí mismo. Debe ser docente, eficiente y permitir un desarrollo más práctico y menos desarrollado, pues sólo es menester fijar los tres principios señalados y además los tradicionales tres de la licitación pública: igualdad, libre concurrencia y publicidad.

Debemos pensar qué le conviene a la Ciudad. No podemos pensar en el caso raro o en las excepciones. Debemos pensar en lo normal, lo común, lo rápido y lo controlable. Cada caso deberá ser regulado por el Pliego de Condiciones Particulares.

Además, no es posible regular todo lo que rodea a la contratación de una adquisición o venta o locación, por ejemplo la responsabilidad de los funcionarios. La misma surge de las normas de empleo, de la Constitución de la Ciudad y de las normas del derecho penal y civil. Si en cada ley porteña hay que legislar sobre la responsabilidad de los funcionarios, cabe presumir que lo es porque no está bien previsto en las normas generales cómo se hace efectiva esa responsabilidad. Si ello es así, habrá que pensar en una ley a ese respecto, pero no es necesario pensar en responsabilidad de los funcionarios cuando debemos enfrentar la regulación de las contrataciones de la Ciudad.

Adherimos a la conveniencia de no incluir en este proyecto de Ley a la contratación de obras y servicios públicos y consideramos que sería también apropiado no incluir al otorgamiento de concesiones de uso de bienes del dominio público y los permisos en este proyecto. Tales cuestiones debieran ser objeto de dos leyes especiales: una de contratación de obras públicas, sea por contrato o por concesión; y otra de contratación de concesiones, tanto de uso como de servicios, en la medida que se encuentran en general íntimamente ligadas.

El régimen de permisos y habilitaciones debiera quedar librado a las normas tarifarias, como ha sido inveteradamente el tratamiento otorgado en la ciudad, puesto que, en estos casos, no existe contrato sino sólo un acto que comporta ineluctablemente la cláusula de precario, en la medida que todo permiso cede ante el interés público de la acción de gobierno salvo el otorgamiento de plazo expreso y la realización de inversiones a costo hundido y amortizables en ese plazo.

Lo que no nos parece apropiado es definir por la afirmativa a qué contratos se aplica y a renglón seguido determinar por la negativa cuáles contratos resultan excluidos, pues si hay alguno que realizar que no se encuentra ni en el ámbito de aplicación dispuesto por la Ley ni en las exclusiones que se contemplan, se producirá a su respecto un vacío regulatorio.

Por ello se propicia la modificación de los primeros artículos del Proyecto de Ley en el sentido indicado.

III) También resulta observable la técnica legislativa, en algunos capítulos del proyecto en análisis, como por ejemplo en el Capítulo XI (Circunstancias Accidentales), el Art. 86º trata acerca de la "Rescisión con culpa del proveedor"; y por su parte, en el Capítulo XII (De las Penalidades Contractuales), su Art. 93º -Rescisión por culpa del cocontratante. Incumplimiento del contrato- es idéntico a aquel Art. 86º, si bien en el citado Art. 93º, ninguna referencia se hace acerca de la responsabilidad por los daños y perjuicios acaecidos.

IV) También se propicia modificar el Artículo 6º. Por el siguiente texto:

PRINCIPIOS GENERALES

Las contrataciones se ajustarán a los siguientes principios:

- a. Igualdad y no discriminación de los licitadores o participantes en el proceso de selección, estableciendo criterios objetivos de calificación de las propuestas;
- b. Promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes;
- c. Publicidad y difusión de los procedimientos y criterios de selección y del trámite de las actuaciones;
- d. Eficiencia, conveniencia y equidad en la aplicación de los recursos públicos.

La eliminación de "las particularidades de cada una de ellas" y "desde el inicio al fin del contrato" se propone a fin de evitar incluir palabras que relativizan la fuerza de los conceptos. Se trata de establecer los principios generales que se deben observar. Los principios particulares pueden hacer ceder a los generales, y no es necesario remarcarlo aquí.

V) El principio de promoción de la concurrencia se contradice con las omnímodas facultades que se reserva el Gobierno de la CABA, en el Art. 8º del Proyecto y que encarecen -con el recargo de costos imprevistos- las contrataciones. Es poner en palabras el riesgo expropiatorio de las inversiones.

Se repiten los errores del Decreto nacional Nº 1023/00, pues sólo se alude a las facultades de la Administración, pero nada se expresa acerca de sus deberes y obligaciones. Pero es más, otorga mayores facultades discrecionales a la comitente pública, sin límite alguno.

El Gobierno tiene la facultad de revocar por razones de oportunidad, mérito o conveniencia el contrato sin necesidad de incluirlo en el texto de la Ley. Es un principio de los contratos administrativos.

También tiene el derecho de modificar el contrato, pero tal como está proyectado (prerrogativa de modificar los contratos), sin más, implicaría una modificación unilateral sin causa, la cual si además supera los porcentajes autorizados en el Art. 8º apartado III), desnaturalizaría la esencia del contrato, y los principios sustantivos que lo rigen.

Asimismo, la determinación de los efectos de la rescisión o resolución, deben ser fijados en la ley, y jamás podrían quedar al arbitrio de la Administración, en cada caso particular.

Párrafo aparte, merece la exclusión de indemnización por lucro cesante, en caso de rescisión del contrato por oportunidad, mérito y conveniencia.

El texto es similar a la disposición contenida en el Decreto nacional 1023/00.

Sin embargo, resulta relevante tener en cuenta, en este aspecto, la corriente jurisprudencial actual, de la CSJN, en autos “El Jacarandá S.A. c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento” (fallo del 28/07/2005), que llegaron al Alto Tribunal por apelación de la actora contra sentencia de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, en los que la controversia central radicaba en el alcance de la indemnización de los perjuicios sufridos por el administrado, en un supuesto de revocación por oportunidad, mérito o conveniencia, de la adjudicación de una licencia de explotación de una radio-frecuencia. La Cámara estimó procedente la indemnización del daño emergente, excluyendo el lucro cesante, y el apelante pretendió se aplicara el criterio sustentando en el precedente “Eduardo Sánchez Granel” (Fallos: 306:1409).

La Corte, con el voto de los Dres. Petracchi, Belluscio, Zaffaroni, Maqueda, Lorenzetti y Argibay, consideró que en tanto la actividad lícita administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituya en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general-, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por un obrar lícito (Fallos: 301:403; 305:321; 306: 1409, entre otros), y a la hora de su resarcimiento debe verificarse si los mismos se han producido efectivamente y si constituyen una consecuencia inmediata y directa del obrar estatal. Por ende, sostuvo que en tanto el daño resarcible satisfaga esos requisitos, no existe -como principio- fundamento para limitarlo al daño emergente, con exclusión del lucro cesante, es decir, de las ventajas esperadas de acuerdo a las probabilidades objetivas estrictamente comprobadas (Fallos 306: 1409, consid. 4º y 5º; 316: 1335, consid. 2º).

El Art. 8º inciso c) contempla la prerrogativa de ejecución del objeto del contrato, por la Administración o por terceros, si el contratista no lo hiciere dentro de los plazos establecidos.

Pero ninguna diferenciación realiza acerca de si se trata de causas imputables o no imputables al contratista. Sólo centra el foco en que “medién cuestiones de urgencia”, las cuales –por su mera invocación- justificarían la ejecución directa o por terceros. Esta disposición es amplia, vaga, abierta, y da lugar a una total discrecionalidad.

Asimismo contempla la facultad de la Administración, en ese caso, de disponer de los bienes y medios del contratante incumplidor. Pensamos que sólo en los supuestos de incumplimientos que debieran determinarse en la norma (y que el proyecto no lo hace), eventualmente la Administración podrá ejecutar el objeto o parte del mismo, por sí o por un tercero, con cargo al contratista, pero jamás podría expropiar sus bienes o medios.

El Art. 8º debe excluirse, por cuanto el poder de interpretar el contrato no lo tiene ni lo tendrá el poder administrador, en la medida que la interpretación de los contratos y de las leyes es del resorte del Poder Judicial.-

Esta es una adecuación del criticado régimen de contrataciones del sector público nacional que debiera ser modificado.

El último párrafo del Art. 8º (apartado III) es una mera expresión de deseos, en la medida que hoy existen múltiples contratos vencidos hace tiempo y prorrogados de hecho. La Ley no puede modificar la realidad.

La extensión injustificada del plazo de duración de un contrato más allá del plazo autorizado, hará responsable al poder administrador por no haber convocado a licitación, pero no puede generar la caducidad o interrupción de suministros esenciales (V.gr.: la comida para un nosocomio o un establecimiento escolar, etc.).

VI) El texto del Art. 9 no parece adecuado. La violación a la prohibición de cesión sin autorización no debiera implicar la disolución automática del contrato, sino la solidaridad entre cedente y cesionario en su cumplimiento y –eventualmente- la aplicación de alguna sanción en el Registro de Proveedores o una multa que puede consistir en la pérdida de la garantía. De todos modos, es una cuestión opinable si la cesión o transferencia puede o no ser aprobada con posterioridad, o ser hecha con el solo pedido de autorización sin esperar a que la misma se otorgue.

Se conocen trámites de transferencia de contratos que duraron varios años sin que se expida la autoridad administrativa.

VII) El Artículo 10º sobre subsanación de deficiencias es plausible, no obstante lo cual, no se indica que el límite entre requerir aclaraciones o no es el de la homogeneidad de las propuestas. Por tal razón se propone sustituir su texto por el siguiente:

Art. 10º - SUBSANACION DE DEFICIENCIAS.

Las ofertas deben ajustarse al pliego de condiciones y ser comparables u homogéneas. El principio de concurrencia de ofertas no debe ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por omisiones intranscendentes, debiéndose requerir a los oferentes las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, esto es que no impidan su comparación.

VIII) Procedimientos y modalidades. Regla general. (Art. 26º).

Si bien el primer párrafo señala a la “licitación pública o concurso público” como la regla general para la selección del contratista, ese principio rector de carácter general queda desvirtuado en el mismo artículo, último párrafo, cuando se refiere a las “condiciones” que determinarán qué procedimiento de selección se utilizará en el caso concreto, con lo cual invocando alguna/s de esas condiciones, se podría obviar la licitación pública.

Además, tampoco el artículo contiene parámetros objetivos que permitan asegurar que más allá de esas condiciones (expresadas sólo de modo amplio y general), el principio general quedará preservado.

IX) Casos de contratación directa (Art.29º).

El supuesto contemplado en el Inciso 2) (caso de “licitación desierta o fracasada, previa expresión de los motivos por los cuales no se efectúa un nuevo llamado a licitación”), importan el ejercicio de una facultad discrecionalidad total, que la mera explicación de los motivos no alcanza a limitar. En la doctrina y también en el Decreto 1023/01, ante el supuesto de licitación desierta o fracasada, se impone la obligación de efectuar un segundo llamado, con modificación de Pliegos.

En el Inciso 3) (supuesto de “obras científicas, técnicas o artísticas...”), debería agregarse que deberá fundarse la necesidad de requerir específicamente los servicios de esas personas.

Por su parte, en el Inciso 4), sería conveniente agregar que la marca no constituye causal de exclusividad, salvo que técnicamente se demuestre la inexistencia de sustitutos convenientes.

X) Contratación menor (Art. 30º).

El artículo refiere a los casos en que puede ser aplicada, pero no indica a través de qué procedimiento de selección.

XI) Remate o subasta pública (Art. 32º).

Si bien hemos propiciado que la concesión de uso de bienes del Estado se excluya del régimen del proyecto (pues debería ser objeto de regulación por una ley especial), no obstante nunca podría aplicarse para este tipo de contrato, el remate o subasta pública (jnc. 3).

XII) Procedimiento de licitación privada. (Art. 33º).

La norma NO obliga al ente licitante a anunciar públicamente este procedimiento, ni siquiera mínimamente en cartelera en el mismo ente, lo cual resultaría incongruente con lo dispuesto en el Art. 61º (oferentes no invitados) cuyas ofertas deben ser consideradas y evaluadas por el organismo licitante, para lo cual, la licitación privada tiene que ser anunciada públicamente; y asimismo contradice los principios sustantivos enumerados en el Art. 10 (transparencia, publicidad).

Asimismo, en este proyecto, la elección de este tipo de procedimiento por la autoridad administrativa aparece como una facultad enteramente discrecional, habida cuenta que la hace procedente : (i) cuando el valor del contrato así lo justifique, sin indicar parámetro objetivo alguno relacionado con el monto de la contratación involucrado; y (ii) “por razones excepcionales que justifique su empleo, distinto al de licitación pública”, cláusula abierta y amplia, mediante la cual podría invocarse cualquier fundamento con carácter de excepcional, como por ejemplo, la demora que llevaría conducir una licitación pública.

Está mucho mejor redactada la “licitación privada”, en el Proyecto de Michetti (Frente Compromiso para el Cambio- Art. 13º), y todavía más definida en el Art. 47º del Proyecto de Araujo. En el Decreto 436/00 nacional, el Art. 31 prevé la licitación o concurso privado, poniéndole un límite al empleo de este procedimiento: cuando el monto estimado de la contratación no supere el mínimo establecido para la licitación o concurso públicos, y además exige una amplia publicidad en el Art.15º.

XIII) Tipos de licitación o concurso. (Art. 35º). Etapa única o múltiple.

La cláusula está incorrectamente redactada al referirse a la “etapa única”. Cuando expresa “...cuando la comparación de las ofertas económicas en sus aspectos económicos, de calidad o técnicos...”, debiera decir “...cuando la comparación de las ofertas, en sus aspectos económicos, de calidad o técnicos...”.

XIV) Licitación con iniciativa privada. (Art. 36º).

La disposición no prevé la declaración de interés público de la iniciativa. Sólo alude a la “aceptación de la propuesta por el Gobierno de la Ciudad”.

Y difiere a la reglamentación a dictarse, el procedimiento concreto a seguirse en esa licitación pública, es decir, aspectos relacionados con los eventuales derechos del autor de la iniciativa, ofertas de conveniencia equivalente, mejora de ofertas, en su caso, entre autor de iniciativa y oferta de conveniencia equivalente, etc.

El otorgamiento de algún privilegio al autor de la iniciativa como un incentivo a la inversión del sector privado, debiera ser otorgado por la Legislatura, puesto que, conforme al sistema

republicano vigente el otorgamiento de privilegios o recompensas de estímulo está en manos del poder legislativo.

XV) Con orden de compra abierta (Art. 42º).

La definición no está clara. Refiere a cuando la “cantidad de bienes o servicios sólo se hubiere prefijado aproximadamente en el contrato”. O está prefijada o no está prefijada o se adopta algún parámetro que permita determinar el precio. No hay compraventa sin precio cierto.

XVI) Compra unificada (Art. 44º).

Se trata de las “contrataciones consolidadas”, contempladas por el Art. 42 del Decreto 436/00.

La redacción no parece la más apropiada. Dice “...el costo total a pagar por la administración será menor si se tramitan en forma conjunta”. En realidad, ello implicaría dos o más contrataciones paralelas y contemporáneas. Debería quizás referirse a la “unificación del proceso de gestión de la contratación”.

XVII) Contrataciones con precio máximo (Art. 45º).

Refiere a los “contratos con precio tope”. Pero en el segundo párrafo, alude también a las “contrataciones con precio de referencia o precio testigo” (distintas de las anteriores). Por ende, el título de ese artículo debiera incorporar ambas modalidades.

Asimismo, y en lo que hace a “contratos con precio máximo”, la norma expresa: “Se debe dejar constancia en el expediente de la fuente utilizada para la determinación del precio máximo.”, debiéndose agregar el siguiente texto “y establecerse en forma previa a la apertura de las ofertas en el procedimiento de contratación”

Idéntico texto se propone para la modalidad “con precio de referencia”.

XVIII) Comunicaciones. (Art. 48º).

Sería importante agregar al texto del artículo, para que no quede duda alguna de interpretación (como lo hace el Art. 59 del Decreto 436/00), que en todos los supuestos contemplados por el Art. 14º, las comunicaciones sólo producirán efecto a partir de la notificación al interesado por medio fehaciente.

XIX) Revocación del procedimiento (Art. 51º).

El artículo no diferencia etapas previas al perfeccionamiento del contrato. Si ya existe adjudicación y se revoca el procedimiento, no suscribiéndose el contrato y/o librándose la orden de compra, existe en cabeza del adjudicatario un derecho subjetivo a perfeccionar el contrato, y los perjuicios que esa revocación causa (objetivamente comprobables) deberían ser objeto de reparación.

En otro orden de ideas, el momento del perfeccionamiento del contrato no puede quedar librado a lo que prevean, en cada caso, los Pliegos de Condiciones. Ello es además incongruente con lo que expresa el Art. 78º, que dice cuándo se perfecciona el contrato.

XX) Compra informatizada.(Art. 52º).

Debería estar después del Art. 46º, porque sería una modalidad de contratación.

Además, tampoco expresa la norma en qué casos se podrá utilizar esta modalidad. Llama la atención que se regule la compra informatizada y que no se incluya la publicidad de los pliegos en

la internet con una anticipación mínima a la convocatoria para recibir observaciones a los mismos por parte de los interesados, sean o no adquirentes del pliego.

En el Decreto Nº 436/00 está prevista para adquisición de bienes homogéneos, de bajo costo unitario, de los que se utilizan con habitualidad en cantidades considerables, y que tengan un mercado permanente.

Asimismo, debería, quizás, decirse que el Organismo rector determinará cuáles bienes de los que integran el catálogo del Registro Informatizado de Bienes y Servicios, serán susceptibles de adquisición por esta modalidad.

El Registro informatizado de Bienes y Servicios no debe ser un filtro para proveedores potenciales de dichos bienes, la inscripción debiera ser automática con la sola presentación de la oferta de un determinado bien.

XXI) Pliegos Particulares (Art. 53º).

No expresa que son los elaborados para cada procedimiento de selección.

XXII) Elaboración de Pliegos. (Art. 54º). Parámetros de evaluación.

Refiere al deber de determinación clara de los parámetros que se tendrán en cuenta para la evaluación y selección de las ofertas, pero nada dice acerca de la necesidad de que –además– se determine el grado de incidencia o el coeficiente de ponderación relativa de cada uno de esos factores o parámetros, así como el modo de su consideración.

XXIII) Especificaciones técnicas (Art. 55º).

El Artículo solo alude a que dichas especificaciones deberán consignar “las características de las prestaciones”. Creemos que debería agregarse “la calidad exigida”, “las normas de calidad que deben cumplir los bienes o servicios o satisfacer los proveedores”, “si los elementos deben ser nuevos, usados, o reacondicionados”, “si se aceptan tolerancias” (ello está previsto en el Decreto 436/00, Art. 46).

XXIV) Comisión de Estudio y Confección de Pliegos. (Art. 56).

Esta disposición está redactada de modo amplio y abierto, y difiere a la reglamentación de qué modo se conformará, sin pauta alguna. Además creemos que no debiera conformarse una Comisión “ad-hoc” sino que debiera tratarse de un organismo permanente de la planta y ser debidamente remunerados sus integrantes y gozar de estabilidad propia.

XXV) Prohibición de desdoblamiento (Art. 58º).

Prohíbe el fraccionamiento de una contratación “...con la finalidad de eludir la aplicación de los procedimientos de selección establecidos en esta ley”; pero este proyecto de ley permite en algunos supuestos a la Administración la utilización de cualquier procedimiento de selección.

XXVI) Garantías. (Art. 66º). Garantía para impugnación a la preadjudicación de ofertas.

Resulta irrazonable exigir la constitución de una garantía para impugnar la preadjudicación, pues ello va en contra del debido procedimiento adjetivo y sustantivo, y además en los hechos, teniendo en cuenta el monto al que puede ascender dicha garantía (del 1% al 5% del monto total de la oferta pre-adjudicada), hace ilusorio el derecho de impugnar, con lo cual se jaquean principios esenciales de las contrataciones, como los de transparencia, equidad, eficiencia, y además el de la “tutela administrativa efectiva”, consagrado jurisprudencialmente por la CSJN en el fallo “Astorga Bracht Sergio y otra c/ COMFER s/Amparo” (del 14/10/2004), a través del cual dicha tutela abarca la etapa

de formación de la decisión administrativa, la etapa impugnatoria y la de agotamiento de la vía administrativa.

El Decreto nacional 436/00 tampoco exige este tipo de garantía.

Por su parte, los proyectos de los legisladores Michetti (art. 29) y Araujo (Art. 64) que contemplan el derecho de impugnar la pre-adjudicación, no exigen a tales fines la constitución de garantía alguna para ejercerlo.

XXVII) Capítulo X. Ejecución del contrato. (Arts. 80º a 82º).

Falta una regulación más completa desde el punto de vista sustantivo, de la etapa de ejecución de los contratos comprendidos dentro del régimen del proyecto.

En ese aspecto, el Decreto nacional 436/00 lo regula más exhaustivamente, en los Arts. 87 a 92.

Cuando se alude en este proyecto, a la recepción definitiva (Art. 82º), y en particular a la “conformidad definitiva”, se mencionan solamente pautas generales que darían un margen de discrecionalidad muy amplio para el comitente, y asimismo, en todo lo demás remite a los Pliegos de Bases y Condiciones particulares.

XXVIII) Circunstancias accidentales. (Art. 83º). Prórroga.

Prevé la posibilidad de solicitar, por única vez, la prórroga del plazo de entrega “que se estipule en la reglamentación de la presente”; pero el Art. 80º de este proyecto, y en lo que a plazos de cumplimiento de la prestación se refiere, estipula que el plazo estará establecido en los Pliegos de Bases y Condiciones, y no en la reglamentación de la ley.

XXIX) Rescisión con culpa del proveedor. (Art.86º).

Se prevé la pérdida de garantía de cumplimiento de contrato “sin perjuicio de la responsabilidad del proveedor por los daños y perjuicios acaecidos”; pero no establece límite alguno respecto de esos perjuicios.

En el Decreto 436/00 está contemplado: serían los que sufriría la Ciudad, por la celebración de un nuevo contrato con igual objeto.

Además, el Decreto 436/00 prevé la rescisión total o parcial.

XXX) Multas por incumplimiento. (Art. 90º).

Debería aclararse en el texto, cuando refiere al supuesto de “prórrogas en el cumplimiento del plazo contractual” que darían lugar a la aplicación de multas, que esas prórrogas deben ser “no justificadas”.

XXXI) Rescisión por culpa del cocontratante. Incumplimiento de contrato (Art. 93º). El proyecto, al referirse a las rescisiones, distingue las que se producen por culpa del proveedor, de las que se producirían por culpa del co-contratante. Pero en realidad, el texto del Art. 93º es idéntico al del Art. 86º del mismo proyecto, si bien en este Art. 93º no se alude a la responsabilidad por los daños y perjuicios.

XXXII) Art. 95º. Rescisión por culpa del cocontratante. Fraude o negligencia.

No se advierte ni en forma precisa ni objetiva cuál es el alcance del término “negligencia”, utilizado en el proyecto.

Respecto al “incumplimiento de las obligaciones a su cargo” por el adjudicatario, ese tema ya está contemplado en el Art. 90º del mismo proyecto, con lo cual hay una superposición de normas que no aporta claridad- Por otra parte, no se especifica qué tipos de incumplimientos pueden dar lugar a la rescisión unilateral.

COLOFON: Entendemos que el proyecto debiera ser objeto de una mayor pulcritud en su técnica legislativa y mejorar algunos de los temas analizados. En especial debiera asegurarse una indemnización integral para el caso de frustración de los contratos por causas no imputables al proveedor a la par que fijarse los accesorios por mora que debieran ser pagados para el caso de demora en los pagos y que debiera ser la tasa activa del Banco de la Ciudad.

En los contratos de tracto sucesivo debiera establecerse algún sistema de revisión de los precios cuando los mismos se distorsionan significativamente y la posibilidad del proveedor de resolver el vínculo contractual sin penalidad cuando no se readecuen los valores cotizados a la condiciones del mercado.

Consideramos necesario se requiera a las ONG -vinculadas al tema suministro de bienes o servicios- que emitan opinión sobre el proyecto consensuado y se conforme una Comisión Relatora integrada con participación de usuarios y prestadores por intermedio de sus organizaciones profesionales para que un plazo de 90 días eleve un nuevo proyecto tomando en consideración las observaciones formuladas.

Buenos Aires, septiembre de 2005.

DRA. RAQUEL CINTHYA ALIANAK