Informe Legal N° 282/2022

Letra: T.C.P. - C.A.

Cde.: Expediente N° 3/2021

Letra: TCP-SC.

Ushuaia, 27 de octubre 2022.-

A LA COORDINADORA LEGAL
DRA. MARÍA JULIA DE LA FUENTE

Vuelven al Cuerpo de Abogados de esta Secretaría Legal el expediente del corresponde, perteneciente al registro de este Tribunal de Cuentas, caratulado: "*S/ANÁLISIS RESOLUCIÓN OPC N.° 55/2021*", a fin de tomar intervención y emitir opinión legal acerca de la respuesta dada por la Oficina Provincial de Contrataciones a la Resolución Plenaria N° 125/2022.

I.- ANTECEDENTES

El Sub-Director de la Oficina Provincial de Contrataciones (en adelante O.P.C.), en su Nota N° 343/2022, Letra: O.P.C., del 22 de julio de 2022, se comunicó:

"(...) a los fines de responder la nota de referencia, mediante la cual se solicitó a este Ministerio de Finanzas Públicas que se expida sobre ciertas aclaraciones requeridas en la Resolución Plenaria N° 125/2022, en relación a la Resolución O.P.C N° 55/2021, mediante la cual se reglamentó el inciso d) del Art. 17 de la Ley Provincial N° 1015.

A continuación, se detalla la información requerida:

1. 'Si bien la competencia reglamentaria otorgada por el Legislador a la O.P.C. sería de aplicación a todo el ámbito del sector público provincial, sólo se atendió a la aplicación respecto de la administración central, quedando los demás poderes, entes autárquicos y descentralizados, y órganos extra poder huérfanos de reglamentación'.

En relación a esta observación, resulta insoslayable mencionar que, como órgano rector en materia de compras y contrataciones, esta Oficina Provincial de Contrataciones regula en la materia en razón de sus competencias conferidas por la Ley Provincial N.° 1.015 y que dicha legislación abarca a todo el sector Público Provincial no financiero.

Es también facultad de la presente Oficina Provincial de Contrataciones, invitar al sector público Provincial no financiero a que pueda servirse de utilizar el tipo de contratación 'CONVENIO MARCO' como una alternativa más a la ya establecidas y reguladas en la normativa vigente.

Asimismo, al respecto de la consideración en relación a que 'solo se atendió a la aplicación respecto de la administración central' resulta dable mencionar el siguiente apartado de los considerandos 'Que asimismo la celebración de convenios marcos permitirá la unificación y agilización del procedimiento de contratación, considerando que se llevaran a cabo licitaciones públicas desde la oficina provincial de contrataciones en forma centralizada; permitirá ahorro en los costos a erogar y derivara en una mayor optimización en el procesos posterior de siniestro, siendo transversal a toda la Administración'. En este sentido, cabe también recordar que es la Oficina Provincial de Contrataciones, el órgano competente para llevar a cabo las licitaciones públicas para la selección de proveedores que

potencialmente suscriban el Convenio Marco a celebrar, pero esto no refiere a que será el único órgano de la administración con facultad de contratar mediante este instrumento en cuestión. Sin perjuicio de ello, se tendrá en consideración al momento de revisión integral de la norma, con el fin de poder instar al servicio público no financiero en su totalidad a la adhesión de la norma en sus respectivas jurisdicciones.

2. 'Sería prudente ampliar la fundamentación para aplicar, según el caso, convenios abiertos o cerrados. Se sugiere revisar el alcance de la previsión del inciso c) del punto 10.'

Al respecto, vale mencionar que la Resolución OPC N.° 55/2021 al momento de reglamentar las Modalidades del Convenio Marco estableció: 'Convenio Marco Cerrado: El convenio marco cerrado es aquel que una vez realizado el correspondiente procedimiento de selección y firmado el convenio con los proveedores oferentes, no permite la incorporación de nuevos proveedores. Convenio Marco abierto: El convenio marco abierto es aquel que permite la incorporación de nuevos proveedores'.

Así, corresponde iniciar señalando que en oportunidad en que esta Oficina Provincial de Contrataciones como Órgano Rector del sistema de compras y contrataciones en el marco de sus funciones y competencias previstas por los artículos 8 y 9 de la Ley Provincial N.° 1015, se dispuso reglamentar este tipo de procedimiento contenido en el artículo 17 inciso d) del plexo legal precitado, efectuó un trabajo de investigación previo, comenzando con el estudio de la definición del procedimiento de Convenio Marco tanto dentro del ámbito nacional como diferentes países, analizando sus principales características y normativa que lo regula.

De esta manera, las buenas prácticas internacionalmente reconocidas señalan como principales tendencias en evolución, la aproximación a un estilo de

contratación de compra estar constantemente al tanto de la evolución y tendencias del mercado y podría resultar más atractivo para los oferentes. Sin embargo, como contrapartida podría generar que los costos iniciales de los proveedores fueran elevados.

Por otro lado, un periodo más prolongado permite fomentar el desarrollo de las relaciones contractuales estables que proporcionan mayores ingresos potenciales para proveedores y un aumento del poder adquisitivo público. Sin embargo, los convenios cerrados de larga duración podrían generar ofertas anticuadas que son menos atractivas para los usuarios finales, o que implicarían actualizaciones innecesarias del producto.

Según la OECD, un convenio cerrado para los proveedores que sólo participaron de esa licitación puede generar un mercado poco disputable. Por su lado, la 'ventanilla abierta' podría cambiar la licitación por una previa aprobación del proveedor bajando sustancialmente las barreras de entrada y salidas, con lo cual se aumenta la competencia.

En suma, la elección de la modalidad abierta o cerrada de los convenios Marcos resulta una evaluación de oportunidad, mérito y conveniencia, la cual se encuentra anudada a distintos factores y variables del desarrollo posterior del convenio basados en: naturaleza del o los productos asociados; del dinamismo de la oferta y la demanda; de la duración del convenio; de su atractivo para los proveedores; del conocimiento previo de los proveedores del rubro; de los precios y estructura del mercado; entre otros.

3. 'En tanto que la Oficina estaría excediéndose en sus facultades reglamentarias al intervenir en los procedimientos de pagos se sugiere revisar el alcance de la previsión del inciso c) del Punto 10.'

La intención en el punto de referencia ha sido otorgar facultades a la Oficina Provincial de Contrataciones para la cancelación de facturas en caso de que se adeude a algún proveedor en el marco de los Convenios celebrados. Lo antes mencionado se funda en que por incumplimiento del plazo de pago por parte de la administración, los proveedores tiene la posibilidad de solicitar la rescisión del convenio sin aplicación de sanciones ni penalidades.

De lo expuesto, es que lo establecido en el inciso c) del Punto 10 tiene por objeto brindarle una herramienta a la Oficina Provincial de Contrataciones que garantice el normal funcionamiento de los convenios marco. Sin perjuicio de ello, se toma en consideración a los efectos de incorporar en la revisión integral de la norma dicho apartado con la finalidad de poder determinar el procedimiento donde la Oficina Provincial de Contrataciones pueda intimar a la cancelación a las unidades operativas."

Estas aclaraciones fueron analizadas por los Auditores Fiscales C.P. María Paula PARDO y C.P. Leonardo VIVASAHUMADA en el Informe Contable Nº 318/2022, Letra T.C.P.-P.E., del 26 de septiembre de 2022, en el que concluyeron:

"1. Se mantiene la conclusión del Informe Contable N.° 131/22 Letra: PE, de que el ámbito de aplicación de la norma no resulta claro y preciso, dando lugar a distintas interpretaciones y criterios que entorpecerían la implementación de esta herramienta de gestión de compras públicas.

2. Se mantiene la conclusión del Informe Contable N.° 131/22 Letra: PE, en cuanto a que no se encuentran definidos los criterios objetivos que habilitan la procedencia de la modalidad de convenio marco abierto y, en especial, el cerrado.

3. En relación con el resto de los puntos identificados como 5.3 Competencia, 5.4 Emisión de la Orden de Compra y 5.5 Redeterminación de precios

y/o mejores condiciones del Informe Contable N.° 131/22 Letra: TCP-PE, no es posible efectuar análisis atento a que no se brindó respuesta alguna, conforme lo indicado en las Aclaraciones Previas del presente informe".

Finalmente, el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David BEHERENS, remitió las actuaciones a la Coordinación de la Secretaría Legal mediante la Nota Interna Nº 2556/2022, Letra: T.C.P.-S.C., del 28 de septiembre de 2022, a los fines de: *"(...) remitirle las actuaciones en el marco de lo actuado por esa Secretaría Legal mediante el Informe Legal Nº 41/2022, Letra TCP-CA, agregado a fs. 7/10 y atento a lo solicitado en el artículo 2° de la Resolución Plenaria Nº 125/2022. Lo anterior a los fines de efectuar el seguimiento encomendado a esa Secretaría Contable en el artículo 4° de la mencionada resolución".*

II.- ANÁLISIS

Cabe recordar que el resultado del análisis jurídico de la Resolución O.P.C. Nº 55/2021 fue que había tres aspectos observables. A saber:

1º) La reglamentación sólo estaba dirigida a los convenios marco que celebrase la Administración Central;

2º) Insuficiencias al diferenciar el convenio marco abierto del cerrado. A partir de esta opacidad se tornaba necesario aclarar con precisión cuáles eran los criterios objetivos bajo los cuales se aplicaba una u otra categoría; y

3º) La competencia otorgada a la O.P.C. en el artículo 9º de la Ley provincial Nº 1015 no incluye la de reglamentar la Ley provincial Nº 495. Por ello, no sería posible que la Oficina se otorgara a sí misma la facultad de ordenar pagos.

Como seguidamente se explica, podría sostenerse que la respuesta de la O.P.C. no aclara ninguno de dichos aspectos y que se podría coincidir con el Informe Contable N° 318/2022 respecto de que la reglamentación, tal como está, entorpecería la gestión de las compras públicas, dificultaría el control y que, en definitiva, en la misiva bajo análisis no se brindó respuesta alguna.

Respecto a que la reglamentación sólo estaba dirigida a los convenios-marco que celebrase la Administración Central, se impone subrayar que en la Resolución Plenaria N° 125/2022 no se puso en duda la facultad reglamentaria de la O.P.C.

Por el contrario, lo que se señaló es que, a pesar de ser el Órgano Rector para todo el sector público provincial, no ejerció su competencia reglamentaria y dejó sin norma de aplicación de convenios-marco al Poder Legislativo, al Poder Judicial, a los entes autárquicos y descentralizados (incluidas las Instituciones de Seguridad Social) y a los organismos creados por la Constitución de la Provincia (artículos 1°, 8° y 9° de la Ley provincial N° 1015).

Esta deficiencia técnica dificulta la gestión de la contratación mediante convenios-marco en todo el sector estatal provincial que no sea la Administración Central y no estaría resuelta la observación con la mera afirmación de que *"(...) se tendrá en consideración al momento de la revisión integral de la norma, con el fin de instar al servicio público no financiero en su totalidad la adhesión de la norma en sus respectivas jurisdicciones"* (a fojas 32 vuelta).

Además, obstruye la tarea del Tribunal de Cuentas, ya que estaría sin norma según la cual fiscalizar la disposición de fondos públicos sometidos a esta modalidad en todos aquellos casos en los que este tipo de contratos se gestionen fuera del Poder Ejecutivo.

En cuanto a las insuficiencias al diferenciar el convenio marco abierto del cerrado y a la carencia de criterios objetivos bajo los cuales se aplica una u otra categoría, no resultaría aclaratoria la postura de que *"(...) la elección de la modalidad abierta o cerrada de los convenios Marcos resulta una evaluación de oportunidad, mérito y conveniencia"* (a fojas 31).

Sobre esta respuesta debería considerarse que, primero, la distinción entre convenios abiertos y cerrados no encuentra fundamento normativo, sino que es una creación de la O.P.C. En este sentido habría que recordar que, como consecuencia del Estado de Derecho y del principio de legalidad, toda decisión administrativa debe estar debidamente motivada (artículo 99 de la Ley provincial Nº 141, artículo 50 de la Constitución Provincial y artículos 28, 42 y 43 de la Constitución Nacional, entre otras fuentes de derecho). En caso de ausencia de motivación genera la sospecha de arbitrariedad o, lo que es lo mismo, de irracionalidad y de inconstitucionalidad.

Por otro lado, la falta de definición en este caso podría traer aparejadas incoherencias como que los mismos insumos, por el mismo precio y bajo las mismas condiciones de entrega, se contraten bajo dos sistemas contradictorios entre sí y que podría conducir a resultados absurdos, afectando la tarea de este Organismo de Control.

A ello se podría agregar que sí está sometido a la discrecionalidad del funcionario qué bienes priorizar entre las necesidades infinitas o cuándo contratar tal o cual bien o servicio, pero no estaría incluido en ello el procedimiento de compra, que es actividad reglada de la Administración. De ahí que, en principio, no estaría satisfecho el requerimiento hecho.

Finalmente, en relación a la intervención en los pagos, no podría la O.P.C. darse a sí misma atribuciones propias de la Contaduría y de la Tesorería General.

Tampoco podría, del modo en que ha sido planteado, modificar la Ley provincial N° 1301 -de Ministerios- y disponer del presupuesto de cada una de las carteras.

Es claro que los procedimientos de compra y de pago son distintos, regidos por regímenes jurídicos diversos, con órganos rectores diferentes. Mientras que las contrataciones estatales están regidas por la Ley provincial N° 1015 y el Órgano Rector es la O.P.C., los procedimientos de pago están regulados por la Ley provincial N° 495 y el Órgano Rector es la Contaduría General.

Así, como ya se señaló en el Informe Legal N° 41/2022, cuando en la Resolución O.P.C. N° 55/2021 se dispone que "*(...) en caso de la Oficina Provincial de Contrataciones verifique el incumplimiento por parte de las jurisdicciones contratantes, respecto a la obligación del pago de las facturas relacionadas a un convenio marco, podrá proceder de oficio a su cancelación, excluyendo al área respectiva del convenio en cuestión*", la O.P.C. estaría excediéndose en sus atribuciones, dándose a sí misma competencias propias de la Contaduría General y disponiendo del presupuesto de los Ministerios que hubiesen participado del convenio.

Parece oportuno reiterar que las pautas relacionadas con el pago están fuera de la competencia de la Oficina Provincial de Contrataciones. En un precedente reciente, la Resolución Plenaria N° 97/2021, se ha establecido que:

"(...) teniendo en consideración lo dispuesto en los artículos 85, 88 inciso a) y concordantes de la Ley provincial N° 495 y lo manifestado por el Plenario de Miembros de este Tribunal de Cuentas en la Resolución Plenaria N° 204/2015, es posible afirmar que es competencia del Contador General de la Provincia reglamentar los aspectos relativos al mecanismo de pago del contrato. Por su parte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley provincial N° 1015, ***debe***

descartarse que la Oficina Provincial de Contrataciones resulte competente para emitir disposición alguna referida a dicha materia" (el resaltado es propio).

Teniendo presente, por un lado, que el artículo 3° de le Ley provincial N° 141 dispone que la competencia es improrrogable; y, por otro, que la resolución de carácter reglamentario es jerárquicamente inferior a la Leyes provinciales N° 495 y N° 1301, podría concluirse que la voluntad de la O.P.C. de darse a sí misma una herramienta "*que garantice el normal funcionamiento de los convenios marco"* (fs. 31 vuelta) no sería suficiente para considerarla como norma habilitante.

III. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de todo ello, se podría compartir con los Auditores Fiscales C.P. María Paula PARDO y C.P. Leonardo VIVAS AHUMADA que el ámbito de aplicación de la norma no es ni claro ni preciso y que estas vaguedades y ambigüedades entorpecerían tanto la gestión de las compras del sector público provincial como el control del Tribunal de Cuentas.

En similar sentido, la falta de criterios objetivos en la aplicación de cada una de las categorías (abierta y cerrada) de los convenios-marco podría conducir a resultados absurdos, afectando la tarea de este Organismo de Control.

Además, la decisión de reglamentar e intervenir en el procedimiento de pago, propio de la Ley provincial N° 495 y de la Contaduría General de la Provincia, atribuyéndose a sí misma competencias de otros órganos, debería ser descartada por parte de la Oficina Provincial de Contrataciones.

Dr. Luis Mario GRASSO
Abogado
Mat. N° 710 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO,
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPÚBLICA ARGENTINA

TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

45

"2022 - 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Nota Interna N.º 2876/2022.
Letra: T.C.P. - C.L.
Cde. Exp. Nº 03/2022
Letra: TCP-SC.
Ushuaia 28 de octubre de 2022.

SR. SECRETARIO CONTABLE A/C
C.P. DAVID BEHRENS.

Por la presente me dirijo a usted en el marco del Expediente de la referencia, caratulado: "S/ ANÁLISIS RESOLUCIÓN OPC Nº 55/2021", haciéndole saber que comparto los términos del Informe Legal Nº 282/2022 Letra: T.C.P.-C.A. emitido por el Dr. Luis Mario GRASSO.

En función de ello, remito las actuaciones para la continuidad del trámite.

Dra. María Julia DE LA FUENTE
Coordinadora Secretaría Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia