

COMENTARIO AL NUEVO REGLAMENTO DE CONTRATACIONES DE LA AGENCIA DE PLANIFICACIÓN (RESOLUCIÓN N° 12/2011)*

Por Gladys Edith Stoppani¹

I. Introducción.

A través de la Ley 26221, de febrero de 2007, se aprobó el Convenio Tripartito que fuera suscripto en octubre de 2006 entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, la Provincia de Buenos Aires y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Asimismo, por medio de dicha ley se disuelve el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS) y se crean –en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios- el Ente Regulador de Agua y Saneamiento² (ERAS) y la Agencia de Planificación (en adelante APLA).

Esta última, es el organismo encargado de *“...la coordinación integral de la planificación de las obras de expansión y mejoramiento del servicio, controlar la elaboración de los proyectos, desarrollo de las obras, estudios de impacto ambiental, planes, su comunicación y establecer las metas de calidad. Aprobar a pedido de la Concesionaria la solicitud de las obras de expansión, proporcionar o facilitar a la población acceso a la información, proyectar y disponer la realización de obras de expansión según la disponibilidad de recursos económicos y, en general, intervenir en todas las cuestiones de carácter técnico u operativo que incidan en los planes de acción”*. Asimismo, debe intervenir *“en cualquier cuestión que se relacione con contingencias de servicio que tuvieran incidencia en los planes elaborados y en lo que hace a las inversiones programadas y los costos de los planes”* y expedirse *“...sobre los servicios desvinculados a incorporar al área servida y en las solicitudes de desvinculación que se presente”*³

La APLA, es una entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado⁴, la cual, se rige en su gestión financiera, patrimonial y contable por las normas del Marco Regulatorio y los reglamentos que dicte para su funcionamiento⁵.

* Artículo publicado en RDA, 77-807 (LA).

¹ La autora es abogada por la Universidad Católica Argentina. Especialista en Derecho Tributario y Magíster Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Realizó la Especialización en Gestión Aduanera en el Instituto de Finanzas Públicas. Trabaja en forma independiente. Profesora de Organización Administrativa I en la Especialización de Derecho Administrativo de la UNLM. Coordinadora y Profesora de los postgrados en derecho aduanero y tributario de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. En este último dicta las materias Lavado de activos y Actividad financiera del Estado. Publicó artículos sobre sus especialidades. Autora del libro “Aspectos constitucionales y económicos de los derechos aduaneros a la exportación desde la óptica del derecho administrativo”, publicado por Ediciones RAP en su colección Thesis, en 2011.

² Ley 26.221, artículo 4°: *“Créase en el ámbito del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, el Ente Regulador de Agua y Saneamiento, el que tendrá a su cargo el control del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Concesionaria del servicio público de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales, y que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir la misión enunciada en el Marco Regulatorio aprobado por esta ley.*

El Ente Regulador de Agua y Saneamiento, deberá quedar constituido y en condiciones de cumplir sus funciones dentro de los TREINTA (30) días de la puesta en vigencia de la presente ley.

³ Ley 26.221, artículo 23.

⁴ Cfr. Ley 26.221, artículo 25.

⁵ Ley 26.221, artículo 26.

En este orden de ideas, en agosto de 2007 se aprueba el Reglamento de Contrataciones de dicho organismo⁶. En virtud de la necesidad de atender las “*distintas situaciones planteadas por la actividad del organismo*”, con fecha 29 de marzo de 2011 dicha Agencia dicta la Resolución N° 12/2011 (aquí en comentario), con el objeto de adecuar el reglamento antes mencionado a aquéllas.

En mérito a la brevedad, en nuestro comentario analizaremos dos cuestiones. La primera de ellas, si le han sido asignadas atribuciones a la Agencia de Planificación para dictar un reglamento de contrataciones (Resolución APLA 12/2007) y por ende esta norma que reemplaza a la anterior. La segunda y última, trataremos las diferencias esenciales con respecto a los Decretos 1023/2001 y 436/2000 que regulan régimen de contrataciones de la Administración Nacional.

II. ¿Tiene atribuciones la Agencia de Planificación para dictar la Resolución en análisis?.

Sobre el tema de la referencia cabe mencionar que, de la lectura de la normativa citada en los considerandos de la resolución APLA 12/2011⁷, no pareciera surgir la competencia de dicho organismo para el dictado de su reglamento de contrataciones. Lo anterior, teniendo en cuenta que por la naturaleza jurídica del organismo, le resultarían aplicables los decretos 1023/2001⁸ y 436/2000⁹ y que no se aprecia cuál sería la necesidad de dictar un reglamento especial de contrataciones.

Así por ejemplo, de los artículos de la ley 26.221 mencionados en los considerandos las únicas referencias sobre el particular son las siguientes: a) el último párrafo del artículo 30, que dispone que la APLA dictará su reglamento interno, b) el artículo 33 en su inciso e) a través del cual se estipula que el directorio de la APLA tendrá entre sus facultades la de efectuar las contrataciones para satisfacer sus necesidades propias, en un todo de acuerdo con la normativa vigente. En lo que hace al ítem a), entendemos que reglamento interno es un criterio amplio que no pareciera incluir a un reglamento de contrataciones, y en cuanto al ítem b) pensamos que hay una diferencia significativa entre efectuar una contratación y dictar el reglamento para tal fin, más si a ello le agregamos la frase fina del inciso e) del artículo 33, la cual dispone que tal atribución deberá ejercerse “*en un todo de acuerdo con la normativa vigente*”. Consideramos que si se le otorga a la Agencia la facultad de contratar y se hace mención a la normativa vigente, se refiere a aquélla que tiene vigencia a la fecha del dictado de la ley que otorga esta atribución (ley 26.221) y a la que modifique o reemplace a la misma en el futuro. Pero, entendemos que eso no incluiría la facultad de dictar esa normativa.

En lo que respecta los artículos del decreto 763/2007 señalados en los considerandos de la norma observamos que, su artículo 1° se refiere de modo genérico

⁶ Vid. Resolución APLA N° 12/07

⁷ Artículos 29, 30 y 33 de la Ley 26.221 y 1° y 12 del Decreto 763/2007.

⁸ El artículo 2 de este decreto establece que será aplicable para todos los procedimientos de contratación, en los que sean parte las jurisdicciones y entidades del art. 8° de la ley 24.156 (es decir, Administración pública central y descentralizada, Empresas del Estado, Sociedades del Estado, Sociedades Anónimas con participación estatal mayoritaria, Sociedades de Economía Mixta, etc.).

⁹ El artículo 2 del decreto 436/2000, dispone que se aplicará para todos los procedimientos de contratación, en los que sean parte las jurisdicciones y entidades del art. 8° de la ley 24.156, coincidiendo hasta aquí con el art. 2 del decreto 1023, y agrega –a diferencia del decreto 1023/2001- que los organismos del sistema bancario lo aplicarán en tanto no se oponga a sus respectivas cartas orgánicas.

a que deberán asegurarse mecanismos de eficacia y transparencia -esta última ya se encuentra prevista en el artículo 9 del decreto 1023/2001- y que la única mención en lo atinente a la elaboración de reglamentos se encuentra en su artículo 12, el cual, sólo estipula que el presidente de la APLA llevará a cabo una propuesta de reglamentos de funcionamiento, organización interna y presupuesto. Si bien podría entenderse con un criterio amplio que el dictado de un reglamento de contrataciones es necesario para el funcionamiento del organismo, no concordamos con ello principalmente porque el decreto 1023/2001 tiene jerarquía de ley¹⁰, mientras el decreto 763/2007 es meramente reglamentario.

Lo mismo sucede con la normativa citada en los considerandos de la Resolución APLA 12/2007, a la cual la Resolución APLA 12/2011 reemplaza.

En este orden de ideas, las facultades del Presidente de la Agencia para el dictado de la Resolución APLA 12/2007 se sustentaron en “... *la situación de necesidad y urgencia existente con posterioridad al Acta del 28 de junio de 2007, y lo normado en los artículos 41° y 48°, inc. e), del Marco Regulatorio*”¹¹. De la lectura de los artículos antes mencionados se desprende que los mentados artículos facultaban al directorio del Ente Regulador de Agua y Saneamiento y no al Presidente de la Agencia, que fue quien dictó el reglamento. A mayor abundamiento cabe mencionar que éste último no integra el directorio del Ente, ya que aquél lo conforman –según el artículo 44 de la ley 26.221- tres miembros nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional, dos de ellos, a propuesta del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente. En lo que hace al argumento de la situación de necesidad y urgencia, es menester señalar que éste no nos parece suficiente para dictar una norma de las características de la Resolución 12/2007. Ello, atento a que ya estaban vigentes los decretos mencionados en el primer párrafo de este ítem.

Por todo lo expuesto esta norma es de muy dudosa legitimidad por presentar un vicio grave en la competencia en razón de la materia. Sin perjuicio de ello, a continuación analizaremos algunos de los puntos que aborda.

III. Algunas diferencias de la Resolución APLA 12/2011 con respecto a los Decretos 1023/2001 y 436/2000.

La Resolución APLA 12/2011 (en adelante “la resolución”) aborda los siguientes temas: Personas excluidas de contratar con la APLA; requisitos que deben reunir los contratistas; modalidades de las contrataciones; montos considerados para el encuadre del procedimiento a aplicar; procedimientos de licitación pública, privada y de contratación directa; casos de contrataciones directas, formalidades del acto de apertura de ofertas de licitaciones públicas, privadas y contrataciones directas;

¹⁰ Ello, atento a que el poder Ejecutivo Nacional, dicta este decreto en uso de las facultades delegadas por el artículo 1°, apartado II, inc. e de la ley 25.414, en el marco de las facultades delegadas por la emergencia pública, específicamente dar continuidad a la desregulación económica, pudiendo derogar o modificar normas de rango legislativo que afecten la competitividad de la economía. (Cfr. ALIANAK, Raquel: “*El decreto 1023/2001 sobre contrataciones de la Administración Pública Nacional. Inquietudes y comentarios*”, La Ley Online).

¹¹ Ley 26.221, artículo 41: “*El Ente Regulador se regirá en su gestión financiera, patrimonial y contable por las disposiciones del Marco Regulatorio y los reglamentos que dicte para su funcionamiento*”. Ley 26.221, artículo 48: “*El Directorio del Ente Regulador tendrá las siguientes atribuciones:[...] e) Efectuar las contrataciones para satisfacer sus propias necesidades, en un todo de acuerdo con la normativa vigente*”.

compras por trámite simplificado, desdoblamiento; justificación del pedido de contratación; devolución de garantías; comisión de preadjudicaciones; anuncios de preadjudicación; impugnación a la preadjudicación, resolución de las impugnaciones; recepción de las prestaciones contratadas; reserva de las actuaciones; ampliación del contrato; jurisdicción para la solución de controversias.

Sin perjuicio de la enumeración de temas que antecede, consideramos importante señalar que hay cuestiones que, si bien se encuentran previstas en los decretos 1023/2001 y 436/2000, esta norma omite regular. A su vez, la ley 26.221, su decreto reglamentario, esta resolución y demás normativa dictada por la Agencia de Planificación nada prevén sobre la aplicación supletoria de dichos decretos antes estas lagunas.

Algunas de las cuestiones que omite regular esta resolución son: la teoría de la imprevisión¹², o qué ocurriría en el caso que los cocontratantes no pudiesen cumplir con las prestaciones como consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor¹³, la extinción del contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia y el alcance de la indemnización¹⁴, la revocación del contrato sin culpa del proveedor y la rescisión con o sin culpa de este último¹⁵.

No obstante lo anterior, entendemos que por tratarse de normas de derecho público los mentados decretos deberían aplicarse supletoriamente y en su defecto si la solución a la problemática planteada no se encuentra allí sería necesario aplicar analógicamente el código civil¹⁶.

La resolución en estudio también difiere del decreto 1023/2001 en cuanto a los casos en los que será posible utilizar la contratación directa. Ello, atento a que agrega uno nuevo, al estipular que este procedimiento podrá aplicarse cuando *“se trate de contrataciones con Centros o Colegios Profesionales de carácter público y sin fines de lucro, y el objeto de la contratación tenga directa relación con la actividad principal o ámbito profesional del centro o colegio profesional de que se trate”* y omite aquéllos del artículo 25 inciso d), apartados 4, 7, 9 y 10 del decreto 1023/2001¹⁷. Cabe señalar

¹² Vid. decreto 1023/2001, artículo 13 inciso a).

¹³ Vid. decreto 1023/2001, artículo 13 inciso c).

¹⁴ Cfr. decreto 1023/2001, artículo 12 inciso b).

¹⁵ Vid. decreto 436/2000, artículos 95 y 96.

¹⁶ En cuanto al carácter subsidiario del derecho civil en derecho administrativo, ver MARIENHOFF, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo, tomo I, quinta edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, pp. 183/185 inclusive. En este sentido cabe recordar el Dictamen PTN 259:222 relativo a la aplicación del artículo 1198 del Código Civil – teoría de la imprevisión- por fuera del 1023/2001, para un caso que no es un “acontecimiento natural”. El dictamen se origina como consecuencia del reclamo de una adjudicataria, mediante el cual se solicita el pago de las sumas adeudadas y el reconocimiento del desfase económico que le habían provocado los aumentos salariales otorgados por paritarias. Ver también, CASSAGNE, Juan Carlos: Derecho administrativo, tomo I, octava edición, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2006, pp. 141/142.

¹⁷ Decreto 123/2001, artículo 25: *“Los procedimientos de selección serán: [...]d) Contratación directa. La selección por contratación directa se utilizará en los siguientes casos: [...] 4. Cuando una licitación o concurso hayan resultado desiertos o fracasaren se deberá efectuar un segundo llamado, modificándose los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares. Si éste también resultare desierto o fracasare, podrá utilizarse el procedimiento de contratación directa previsto en este inciso.*

7. Cuando se trate de reparaciones de maquinarias, vehículos, equipos o motores cuyo desarme, traslado o examen previo sea imprescindible para determinar la reparación necesaria y resultare más oneroso en caso de adoptarse otro procedimiento de contratación. No podrá utilizarse la contratación directa para las reparaciones comunes de mantenimiento de tales elementos.

9. Los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades del ESTADO NACIONAL con las Universidades Nacionales.

que llama la atención que se incluya como supuesto habilitante de la contratación directaza realizada con centros o colegios profesionales y se excluya la realizada con universidades nacionales, máxime teniendo en cuenta las competencias que tiene atribuidas esta agencia.

En lo que hace al *ius variandi*, mientras el decreto 1023/2001 establece que podrá aumentarse o disminuirse el monto del contrato hasta un veinte por ciento (20%)¹⁸, la norma en comentario estipula que dicho porcentaje podrá ser de hasta un quince por ciento (15%)¹⁹. Este último porcentaje también lo aplica para ampliar o disminuir el plazo previsto para la ejecución del contrato no pudiéndose esto acumular con las modificaciones relativas al monto antes citadas. Esta es otra diferencia, ya que tanto el decreto 1023/2001 como el decreto 436/2000, estipulan la posibilidad de prórroga por única vez y por un plazo igual al del contrato inicial y, cuando éste fuese plurianual, una prórroga de no más de un año²⁰.

IV. Conclusión.

Como habrá observado el paciente y estoico lector de estas líneas, la norma en comentario -amén de su dudosa legitimidad, ya apuntada- presenta importantes lagunas y ciertas diferencias con respecto a los decretos 1023/2001, 436/2000 y su normativa complementaria. Ello, obligará -a aquél que asesore a un futuro contratista- a efectuar una disección de las normas antes mencionadas para así, luego de un arduo trabajo, poder desentrañar -si lo logra-cuál será la suerte de su “arriesgado” cliente en esta torre de babel normativa.

Torre en la cual, por todo lo expresado en los puntos que anteceden, la Resolución 12/2011 -al igual que como sucedía con la norma que modifica- es una disposición más de las tantas que afectan los principios constitucionales de razonabilidad y seguridad jurídica, como consecuencia de una desmedida y a veces innecesaria pluralidad de regímenes.

10. *Los contratos que previo informe al MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, se celebren con personas físicas o jurídicas que se hallaren inscriptas en el Registro Nacional de Efectores de Desarrollo Local y Economía Social, reciban o no financiamiento estatal”.*

¹⁸ Vid. decreto 1023/2001, artículo 12 inciso b).

¹⁹ Cfr. Resolución APLA 12/2011, artículo 23.

²⁰ Vid Decretos 1023/2001, artículo 12 inciso g) y 436/2001 artículo 99 inciso c).