USHUAIA, 25 SEP 2018

**VISTO**: el Expediente del registro del Instituto Fueguino de Turismo de la Provincia de Tierra del Fuego, Nº 000056, Letra: DU, del año 2018, caratulado: *"S/ LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CONCESIÓN DEL CENTRO DE MONTAÑA GLACIAR MARTIAL"* y,

**CONSIDERANDO**:

Que las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la Nota Nº24/18, Letra: Presidencia, suscripta por el Presidente del Instituto Fueguino de Turismo (en adelante IN.FUE.TUR.) Lic. Luis A. CASTELLI. (foja 1).

Que mediante Nota Nº 179/2018, Letra: DGAF, el antonces Director General de Administración y Finanzas del IN.FUE.TUR. Fernando H. DOMINGUEZ POSE remitió las actuaciones del Visto a la Directora de Asuntos Jurídicos del Instituto, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, indicando que: *"...le he incorporado el proyecto de pliego que me enviara el Presidente del Instituto -que entiendo ha trabajado con distintos sectores- a los fines de su revisión y confección de la versión definitiva..."*, agregando los respectivos proyectos de pliegos de bases y condiciones generales y particulares (fs. 3/41).

Que la Directora de Asuntos Legales, giró las actuaciones al Jefe de Departamento Contratos y Licitaciones del IN.FUE.TUR. para su intervención (fs. 41 vta).

Que posteriormente, mediante el INFORME DEPARTAMENTO CONTRATOS y LICITACIONES Nº 20/2018, el Dr. Emiliano V. FOSSATTO, Jefe de Departamento Contratos y Licitaciones, informó que: *"...Analizado el*

*proyecto, advirtiendo unas cuestiones de formas que al momento de la emisión del acto administrativo que proceda al llamado deberán ser consideradas para ello, no resta realizar alguna consideración legal mayor.*

*Si es oportuno que el proyecto sea remitido a las áreas técnicas como ser: Dirección de Planificación y Desarrollo Turístico; Centro de Montaña Glaciar Martial; Dirección de Finanzas a los fines de que realicen el análisis propio dentro de sus misiones y funciones.*

*Deberán incorporarse los Anexos que restan agregarse y las copias de los planos que delimitan las parcelas como así también aquellos actos que influyan sobre la concesión.*

*Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí se reitera que se encuentra vigente la Resolución In.Fue.Tur. N° 169/15 que aprobó el PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES GENERALES QUE REGIRÍA PARA TODA LICITACIÓN DE BIENES QUE ADMINISTRE EL INSTITUTO; en este caso, como se modifica deberá dejarse sin efecto el anterior acto administrativo...*" (fs. 42/44).

Que a través del Informe D.A.J. N° 20/2018, la Directora de Asuntos Jurídicos, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, compartiendo el informe *ut supra* mencionado, recomendó la intervención de la Dirección de Servicios Turísticos del Instituto (fs. 45).

Que las presentes actuaciones fueron giradas por el Presidente del IN.FUE.TUR., al Sr. Jefe de Departamento de Pistas y Senderos (fs. 45 vta.).

Que seguidamente tomaron intervención las áreas técnicas del IN.FUE.TUR, las que a través de sus diferentes informes efectuaron una serie de recomendaciones a fin de que sean incorporadas en los respectivos proyectos de pliegos.

Que como culminación de las intervenciones realizadas, la Directora General de Administración y Finanzas del IN.FUE.TUR., Lic. Lucia

PÉREZ, remitió las actuaciones con la versión final del pliego de bases de condiciones generales y particulares para la *"Licitación Pública para la Concesión del Centro de Montaña Glaciar Martial"* con las modificaciones incorporadas, al Departamento de Control Interno del Instituto (refolio 188).

Que la Auditoría Interna del IN.FUE.TUR., mediante Nota Nº 02/2018-AUDITORÍA INTERNA, suscripta conjuntamente por el Auditor Interno del IN.FUE.TUR., C.P. Martín ANGIORAMA y el Auditor General Adjunto de la Dirección General de Auditoría Interna de la Contaduría General de la Provincia, Germán ARAMBURU SANTAELLA, expusieron que: "*...En lo que respecta a la intervención de este órgano de contralor, se reitera que no es competencia del mismo emitir opiniones sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia del pliego de bases y condiciones sujeto a análisis de esta contratación, por lo tanto y siendo lo único solicitado por la nota obrante a fs. 187* ***no se pudieron realizar tareas de control competentes a esta auditoría****, por la limitación establecida en el artículo 97 de la ley 495, y el estado de las actuaciones. No obstante ello y sin ahondar en cuestiones de fondo, se realizan las siguientes consideraciones a tener en cuenta a fin de agilizar la presente tramitación, como así también la de futuros expedientes, a los fines la mejora continua del control interno del organismo en general:*

*a) Se solicita se gire fotocopia del presente expediente luego de emitirse el llamado a licitación pública con el pliego aprobado a fin de acelerar los tiempos de control interno del mismo y una vez girado en la instancia correspondiente poder verificar con mayor celeridad el cumplimiento de la oferta con el PByC.*

*b) Visto la cantidad de remisiones realizadas a las distintas direcciones del organismo, en futuras actuaciones se recomienda que las mismas*

*sean realizadas con copia fiel del expediente y de manera simultanea a fin de disminuir los tiempos de tramitación de las actuaciones, en este caso en particular el Pliego de Bases y Condiciones (PByC) obrante a fs, 4/39 fue girado a 7 áreas a fin de realizar revisión del mismo, dicho proceso demoro más de 2 meses, aunque en ningún caso estuvo mas de una semana en cada una de las áreas en cuestión.*

(...) *d) Teniendo en cuenta que mediante el Expediente de referencia tramita una licitación pública para la concesión de un espacio del estado, resulta pertinente remitir las mismas a la Dirección General de Contrataciones, a efectos de su intervención, en virtud a ser el área entendida y competente en materia de contrataciones.*

*e) Oportunamente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal de Cuentas de la Provincia...*"(fs. 189/190).

Que se agregó el proyecto de acto administrativo por el que se dejaría sin efecto la Resolución In.Fue.Tur. Nº 169/2015 y su similar Nº 510/2015, autorizando el llamado a licitación, aprobando el pliego de bases y condiciones generales y particulares, adjuntándolos como anexos (fs. 192/228).

Que tomó intervención la Directora de Asuntos Jurídicos del Instituto, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, emitiendo el Informe D.A.J. Nº51/2018, en el que se limita a realizar un detalle de los antecedentes expuestos e indica la documentación que se fue incorporando a lo largo de las presentes actuaciones (fs. 229).

Que finalmente, mediante Nota Nº 552/2018, Letra: IN.FUE.TUR, la Secretaria de Política Interna a cargo de la Presidencia del IN.FUE.TUR., Lic. Silvia M. GIGLI remitió las actuaciones a este Tribunal de Cuentas, en el marco de la Resolución Plenaria Nº 124/2016, indicando que: "(...) *en virtud de la resolución plenaria referida se cumplieron los pasos establecidos en el Anexo I*

*de la misma remitiendo el original de las actuaciones donde se encuentra la intervención del servicio jurídico permanente de este Instituto.*

*La solicitud de consulta deviene de lo recomendado por la Auditoría Interna en su Nota Nº 02/18, en las actuaciones de referencia, considerando oportunamente remitir a la consulta legal del pliego de bases y condiciones que regiría el llamado a licitación pública a los efectos de poder emitir el acto administrativo. El control legal es necesario para poder determinar la coherencia de las normas que regirán el llamado en caso de proceder con el trámite...*" (fs. 231).

Que en virtud del estado de las actuaciones, intervino la Dra. Andrea V. DURAND, letrada del Cuerpo de Abogados de este Tribunal de Cuentas, quién emitió el Informe Legal Nº 136/2018, Letra: T.C.P.-C.A., haciendo saber preliminarmente que: "*...En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial Nº 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria Nº 124/2016.*

*En su Anexo I se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por los poderes del Estado provincial, en virtud de ello, corresponde efectuar un análisis sobre la admisibilidad de la presente consulta, conforme lo establecido en el Capítulo I de la mentada Resolución.*

*Así, en su Anexo I, artículo 1º inciso d) prescribe: `El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2° inciso i) de la Ley provincial N° 50, se realizará bajo las siguientes condiciones: (...) d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas*

*con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen (...) En caso de que el organismo o ente consultante no cuente con los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes, en forma previa a emitir la consulta a este Tribunal, se deberá dar intervención a la Secretaría Legal y Técnica, que deberá emitir un dictamen en los términos expuestos (...)´.*

*En este punto debe observarse que el Informe D.A.J. Nº 51/2018, suscripto por la Directora de Asuntos Jurídicos del Instituto, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, hace mención de todas las incorporaciones efectuadas por las distintas áreas al proyecto del pliego de bases y condiciones, tanto general como particular, pero no se habría efectuado un exhaustivo análisis jurídico de la contratación.*

*Es dable aquí efectuar una distinción entre lo que implica un informe y un dictamen jurídico. La doctrina ha hecho mención indicando que: `a) El dictamen -a diferencia del informe-, en tanto opinión fundada en ciencia o arte, debe prevenir de un especialista y contiene una opinión o juicio que aplica a una ciencia o arte.*

*(...) b) El informe estrictamente consiste en un mero relato y exposición de hechos – noticia- sin elementos de juicio (...).*

*(...) En cada caso, entonces, corresponderá atender si lo principal ha sido relatar hechos o emitir opiniones, para diferenciar en ese orden, el informe del dictamen´ (MURATORIO, Jorge, El dictamen jurídico en la Administración Nacional, Revista de Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, 2002, Año 14, Ed. Lexis Nexis Depalma, pág. 543).*

*Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que: `Con carácter previo a la emisión del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación es necesario que obren en el expediente las opiniones de los asesores jurídicos de los Departamentos de Estado vinculados al tema en*

*consulta, no sólo porque ello corresponde a mérito de disposiciones legales vigentes sino también por evidentes motivos que hacen a la más adecuada elucidación de las cuestiones planteadas y para evitar que este organismo asesor se convierta en una asesoría jurídica más, supliendo el cometido específico de sus delegaciones en cada repartición´ (conf. Dict. 230:143).*

*En este orden de ideas, correspondería recomendar que para futuras intervenciones deberá cumplimentarse debidamente los requisitos que exige la mentada Resolución Plenaria, dado que éstos resultan útiles al momento de evacuar las consultas realizadas...".*

Que seguidamente y respecto del Pliego de Bases y Condiciones Generales, informó: *"...El Artículo 45 que establece la devolución de la garantía de mantenimiento de oferta, reza lo siguiente: `La garantía de la oferta será devuelta. a) A todos los Oferentes cuya oferta fuera rechazada o declarada inadmisible; b) A los Oferentes que no estén incluidos en la Adjudicación; c) A los Oferentes que la solicitaren en cumplimiento con lo establecido en el artículo 26´.*

*Aquí, considero que correspondería agregar el plazo existente para reclamar la devolución de la garantía luego de que los interesados sean debidamente notificados en el domicilio constituido.*

*Ello, en virtud de lo establecido por el Decreto provincial Nº674/2011, artículo 34, inciso 29, el que dispone en su parte pertinente: `En los casos en que, luego de notificados en el domicilio constituido, los oferentes o adjudicatarios no retirasen las garantías, podrán reclamar su devolución dentro del plazo de un (1) año a contar de la fecha de notificación.*

*La falta de presentación dentro del plazo señalado por parte del titular del derecho, implicará la renuncia tácita del mismo a favor del Estado y*

*será aceptada por la autoridad competente al ordenar el ingreso patrimonial de lo que constituyere la garantía´.*

Que sobre Pliego de Bases y Condiciones Particulares, concluyó en que: *"...Para comenzar, el artículo 9º prescribe que: `Los oferentes o sus representantes deberán visitar el predio a fin de tomar conocimiento del estado de las instalaciones y de todas las características que hacen a la prestación del servicio, así como las obras a realizar. En consecuencia, no podrá alegarse posteriormente causa alguna de ignorancia en lo concerniente a las condiciones de realización de las obras y prestación de los servicios y actividades propias de la concesión. Para ello, podrán recabar por su cuenta el asesoramiento de ingenieros o expertos en la materia, quienes podrán efectuar los estudios que entiendan pertinentes a los fines de elaborar un mejor informe a sus asesorados (...)´.*

*Respecto de este artículo, considero que sería conveniente poner a disposición de los posibles interesados los informes existentes que hayan sido efectuados oportunamente por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), en los que se determine el cumplimiento de las normas correspondientes y las especificaciones técnicas, dado que de esta manera el INFUETUR se encontraría cubierto frente a posibles reclamos respecto del estado de las instalaciones. Además, de brindarse un paquete de información más completo se evitaría la realización de estudios sobre aquellas cuestiones que ya fueron analizadas.*

*El IN.FUE.TUR. podría agregar como anexos los mencionados informes al pliego de bases y condiciones particulares, a efectos de que ellos sean obligatorios para los oferentes, toda vez que se encuentra en juego la seguridad de quienes vayan a hacer uso de todas las instalaciones del centro de montaña.*

*A propósito de ello, es prudente advertir la intervención de este Tribunal de Cuentas realizada en el expediente caratulado: 'S/ DENUNCIA SR. VARGAS VARGAS - LICITACIÓN AEROSILLA' (Nº 100/2014 Letra: SL), del registro de este Organismo.*

*Allí, el Sr. Francisco Segundo VARGAS VARGAS, en su carácter de agente de planta permanente del IN.FUE.TUR., efectuó una denuncia en contra de la Licitación Pública N° 001/2014 IN.FUE.TUR., referente a la concesión de uso y explotación del Centro de Montaña GLACIAR MARTIAL, por el deficiente estado de conservación de las instalaciones edilicias y la falta de habilitaciones o permisos, solicitando la suspensión del proceso licitatorio. Esto también fue expuesto ante el Fiscal de Estado.*

*En virtud de ello, luego de varios informes emitidos por la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas, el Secretario Legal, Dr. Sebastián OSADO VIRUEL, por el Informe Legal Nº 157/2014, Letra: TCP-SL, indicó que: 'En esta nueva oportunidad, mediante Nota Nº 531/2014, Letra: IN.FUE.TUR. se informó a este Órgano de Control que la Aerosilla del Centro de Montaña Glaciar Martial, efectivamente había sido puesta fuera de funcionamiento y, asimismo, se puso en conocimiento los actos administrativos emitidos en el marco de la licitación referida, de cuyos considerandos se desprende que se postergó la apertura de ofertas, en función de las graves falencias en materia de seguridad y el gran deterioro estructural de los medios, relevados por último informe emitido por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (I.N.T.I.).*

*Asimismo, del primero de dichos actos administrativos, la Resolución del Instituto Fueguino de Turismo Nº 615/2014 (fs. 203), surge la orden de publicar la referida postergación de la apertura de ofertas y el informe antes citado, a los efectos de que los interesados contemplen en sus propuestas, los*

*trabajos e inversiones necesarios para explotar el servicio en cuestión, de acuerdo con las condiciones de seguridad recomendadas por el I.N.T.I.*

*En virtud de todo lo expuesto y, atento a que ambas cuestiones fueron únicas pendientes de tratamiento luego de la intervención del señor Fiscal de Estado de la provincia, entiendo que la situación objeto de intervención de este Tribunal de Cuentas, ha quedado suficientemente resguardada hasta que corresponda su nueva intervención formal, ya en el marco del control preventivo sobre las actuaciones de la Licitación Pública Nº 01/14'.*

*Posteriormente, por Resolución Plenaria Nº 200/2014 se dio por finalizada la intervención de este Tribunal de Cuentas en las actuaciones, toda vez que, conforme surge de sus considerandos, se verificó que se habían adoptado las medidas de seguridad pertinentes, dado que la aerosilla no se encontraba en funcionamiento y, que además, existía un informe del INTI – del que surgían las falencias detectadas- que había sido notificado a los adquirentes del pliego.*

*De lo transcripto es dable deducir que, por un lado en el año 2014 por medio de la mentada denuncia se dejaron asentadas las irregularidades pertinentes en relación al estado estructural de las instalaciones del centro de montaña, ello al momento de efectuarse la licitación referente a su concesión de uso y explotación, además, se puso en conocimiento a la Fiscalía de Estado y, en consideración de las observaciones efectuadas, el Instituto dio a conocer todas las falencias a los adquirentes del pliego.*

*Los antecedentes expuestos ponen de relieve que, en la presente contratación y a fin de evitar posibles impugnaciones a los respectivos pliegos, sería considerable que toda la información relacionada con el estado estructural de las instalaciones se ponga a disposición de los posibles interesados. En*

*efecto, tal como ya fuera expuesto, podría realizarse un paquete de información basada en los estudios oportunamente realizados, que esté al alcance de todos los posibles oferentes.*

*De esta manera, se daría a conocer la situación actual y real de las estructuras que integran el centro de montaña, con la finalidad de procurar la seguridad de quienes hagan uso de ellas. Ello, a fin de que sea conocido por los eventuales oferentes en resguardo de los principios de concurrencia, igualdad y transparencia que rigen en el procedimiento licitatorio...".*

Que a ello agregó: *"...Desde otra arista, el artículo 14 establece la `Devolución de las Garantías´, en este punto debe tenerse en cuenta lo expuesto precedentemente en relación al artículo 45 del Pliego de Bases y Condiciones Generales y al plazo establecido en el Decreto provincial Nº 674/2011, artículo 34, inciso 29.*

Que la letrada dictaminante analizó la redacción del artículo 27 (Informe de la Comisión de Evaluación de Ofertas), conjuntamente con el artículo 31 (Evaluación de Ofertas), indicando que: *"...A propósito de ello, es prudente traer a colación lo establecido por el Decreto provincial Nº 674/2011 en el artículo 34, punto 56, que dispone lo siguiente: `La comisión se expedirá determinando un orden de mérito entre las ofertas que se ajusten a las bases de contratación, a fin de realizar la preadjudicación. La preadjudicación deberá recaer en la propuesta que, ajustada a las bases de contratación, sea la más conveniente en relación al precio, calidad, plazo de entrega, etc; debidamente ponderados en informe avalado por autoridad competente´.*

*Asimismo, el artículo 43 de la Ley provincial Nº 1015 reza que: `La adjudicación deberá recaer en la propuesta que ofrezca el mayor canon, salvo*

*que en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares se estableciera otro criterio de selección´.*

*De lo expuesto se desprende que, más allá de las condiciones que establece el pliego para ponderar la oferta más conveniente al interés público, no cabría apartarse de lo establecido por la normativa, es decir, que al momento de efectuar el orden de mérito debe tenerse en cuenta cuál es la oferta que ofrece mayor canon y que mejor cumple con lo dispuesto por el Pliego.*

*La Procuración del Tesoro puso de manifiesto en uno de sus Dictámenes que: `(...) conforme a las competencias exclusivas y excluyentes que tiene normativamente asignada la Comisión de Evaluación, le correspondía el análisis no sólo de los requisitos exigidos por la normativa vigente y por los pliegos respectivos y la evaluación de las calidades de los oferentes, sino también -y en forma primordial- juzgar las ofertas y recomendar sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento´(Conf. Dict. 185:159).*

Que al respecto, la doctrina tiene dicho que: *"...Cassagne explica que la adjudicación constituye el acto administrativo que selecciona la oferta más conveniente para la Administración desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económico financiera (4) y, en ese sentido, destaca las dificultades existentes para adoptar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección ante la ausencia de pautas indicadoras en el pliego. De allí que postula que la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos y antecedentes similares) (5)"*(SESIN, Domingo, Cuestiones de contratos administrativos, Ed. RAP, Bs. As., 2007, p. 125/142).

Que en particular, sobre la selección de los contratistas se ha sostenido que: *"...A partir de esa idea, nos permitimos agregar, ahora, que*

*cuando la Administración contrata siempre debe seleccionar, en el sentido de que al elegir al contratista, debe preservar la moralidad de su accionar, la eficacia de la gestión y el trato igualitario a quienes estén, objetivamente, en condiciones de aspirar a la contratación"* (COMADIRA, Julio Rodolfo, Algunos aspectos de la licitación Pública, Publicado en Contratos Administrativos, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, ps. 319 y ss).

Que respecto del artículo 36 segunda parte -Cesión de la Concesión- del pliego de bases y condiciones particulares, dijo que: *"...Resulta menester aclarar que también debería incluirse el Pliego de Bases y Condiciones Generales, con el objeto de asegurar el cumplimiento de los requisitos allí impuestos. Ello, sin perjuicio de que éste se encuentra mencionado en el inciso II), pero haciendo referencia exclusivamente a la garantía de cumplimiento del contrato.*

*Asimismo, que se considere incluir en el pliego que el cedente es solidariamente responsable por el cumplimiento de las obligaciones emergentes del contrato por parte del cesionario. Más aún teniendo en consideración lo prescripto con respecto a la subconcesión, tal como se explica a continuación.*

*Luego, el artículo 38 dispone bajo qué condiciones se desarrollará la subconcesión, al respecto conviene precisar lo prescripto por el Código Civil y Comercial de la Nación, que en sus artículos 1069 y 1071 establecen lo siguiente:*

*Artículo 1069: `Definición. El subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal´*

*Artículo 1071: `Acciones del subcontratado. El subcontratado dispone:*

*a) de las acciones emergentes del subcontrato, contra el subcontratante;*

*b) de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante. Estas acciones directas se rigen por lo dispuesto en los artículos 736, 737 y 738´.*

*Es dable tener en cuenta el comentario efectuado al inciso b) -de este último artículo citado- el que indica lo siguiente: `(…) b) La acción directa que prevé este inciso y que remite a las normas expresas que la regulan, ya no deja dudas de su alcance y efectos. El subcontratado puede accionar contra el contratante principal.*

*En cuanto a la acción directa, se dice que es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio, tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley´ (RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, La Ley, Buenos Aires, 2014).*

*En efecto, haciendo uso del instituto de la analogía y como derivación de un derecho patrimonial renunciable, considero que sería prudente dejar establecido en el pliego de bases y condiciones particulares que no procederá ningún tipo de acción directa por parte del subcontratado contra el concedente.*

*Además, el mentado artículo 38 establece que el concesionario no estará facultado para '(...) transferir las obligaciones o responsabilidades que*

*hayan sido adjudicadas en forma directa o indirecta por este Pliego o el Contrato de concesión, de las que será el único responsable'.*

*Es importante también que ello se ponga en conocimiento del subcontratado de manera fehaciente, a efectos de garantizar la indemnidad del Instituto frente a posibles reclamos, en virtud de que el concesionario es el obligado principal en la relación...".*

Que en sus consideraciones finales, indicó que: *"...Tal como surge de las presentes actuaciones (artículo 7 del Pliego de Bases y Condiciones Generales), restaría determinar la fecha del acto de apertura de los sobres.*

*Igualmente, debería indicarse el destino de los bienes que actualmente forman parte de las instalaciones y que no serán utilizados por el futuro concesionario, teniendo en cuenta los costos que ello implica.*

*Al respecto, cabe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley provincial Nº 1015 en sus artículos 68 y 69, en relación a la administración y disposición de los bienes muebles.*

Que a fin de delimitar la responsabilidad del IN.FUE.TUR., recomendó que: *"...Adicionalmente, estimo que correspondería establecer alguna cláusula que determine la obligación del concesionario de mantener la indemnidad del concedente en todo lo que concierne a los usuarios.*

*Lo expuesto, resulta necesario con el objeto de determinar que todas aquellas vicisitudes que pudieran surgir o afectar a los usuarios del centro de montaña, sean reclamadas al concesionario y no frente al IN.FUE.TUR.*

*Resultaría oportuno también, dejar determinado con qué periodicidad se efectuarán los controles e inspecciones por parte del IN.FUE.TUR, sobre todo a fin de llevar un estricto relevamiento del estado y mantenimiento de las instalaciones y de las estructuras...".*

Que respecto el marco jurídico aplicable, entendió que: *"...podría incluirse la Ley nacional Nº 17.520 de Otorgamiento de Concesiones de Obras Públicas.*

*Esta norma rige en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley provincial Nº 23.775 de Provincialización que indica: `Las normas del territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley, mantendrán su validez en el nuevo estado, mientras no fueren derogadas o modificadas por la Constitución de la nueva provincia, la presente ley, o la Legislatura provincial, en cuanto sean compatibles con su autonomía´.*

*La Ley nacional Nº 17.520 establece que el Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas conforme a los procedimientos fijados para ello.*

*Es prudente advertir, que la concesión de obra pública es definida por la doctrina como: `(...) un modo de ejecución de la misma, en que la Administración Pública celebra un contrato administrativo con un administrado para que realice un trabajo determinado y el precio será pagado por los que utilicen la obra o se beneficien con ella, a cuyo fin serán otorgadas temporalmente al cocontratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo´ (GIGENA, Julio Isidro, `Concesión de obra pública´, texto manuscrito de la conferencia pronunciada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo en Rosario, 1989).*

Que finalmente, la letrada concluyó en el apartado III que: "*...En función del análisis realizado, no existiendo más observaciones que las efectuadas ut supra y toda vez que de las presentes actuaciones no se desprende ninguna ilegalidad manifiesta o contradicción al procedimiento de selección -establecido por el ordenamiento jurídico que comprende a las contrataciones en el orden provincial y la Ley nacional Nº 17.520- se elevan las actuaciones para la continuidad del trámite...*"(fs. 232/243).

Que el criterio expuesto en el Informe Legal Nº 133/2018 fue compartido por el Secretario Legal, Dr. Sebastián OSADO VIRUEL (fs. 243 vta.).

Que este Cuerpo Plenario de Miembros coincide con el criterio vertido en el informe legal antes transcriptos, estimando procedente efectuar algunas recomendaciones adicionales para la elaboración del pliego definitivo de bases de condiciones generales y particulares para la "*Licitación Pública para la Concesión del Centro de Montaña Glaciar Martial*".

Que teniendo en consideración que el monto del presupuesto oficial establecido en el artículo 7º del Pliego de Bases y Condiciones Particulares fue fijado en dólares estadounidenses y, por su parte, en el artículo 10º del Pliego de Bases y Condiciones Generales se requirió la indicación de las fuentes de financiamiento en "*moneda constante nacional, a valores vigentes a la fecha del llamado a licitación pública*", se recomienda, a efectos de facilitar las tareas de comparación de las ofertas, que se unifique la moneda de curso legal a utilizar.

Que asimismo deviene necesario señalar, que el artículo 35 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares -referido al Canon- estableció el otorgamiento de un plazo de gracia en los siguientes términos: "*El concedente otorgará al concesionario un plazo de gracia de UN (1) año desde suscripto el*

*contrato de concesión, de forma que el canon comenzará a devengarse desde el día 1 del año 2 contado desde la entrega del predio*".

Que a su vez, el artículo 33 del Pliego aludido, en su párrafo segundo indica: "*La tenencia del Centro de montaña Glaciar Martial será entregada y el Concesionario deberá recibirla dentro de los SIETE (7) días hábiles desde firmado el Contrato, fecha a partir de la cual se contará en inicio de la Concesión* (...)".

Que por consiguiente, se advierte en el artículo 35 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, una duplicidad de criterios respecto del momento en que se da inicio al cómputo de dicho plazo, determinando inicialmente la suscripción del contrato y más adelante, la entrega del predio, suscitando inconvenientes para determinar con exactitud el período en que finaliza el plazo de gracia y comienza a devengarse el canon a abonar por el concesionario.

Que en función de lo expuesto, dicha cláusula debería ser modificada, proporcionando un único criterio que dé inicio al cómputo del plazo de gracia.

Que, finalmente, abordando el análisis del artículo 30 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, se recomienda que la notificación de las Circulares aclaratorias a los adquirentes del Pliego de Bases y Condiciones no revista carácter facultativo, sino que resulte en todos los casos, obligatorio.

Que los suscriptos se encuentran facultados para el dictado de la presente, de conformidad a lo establecido por los artículos 2 inc. i), 4 inc. g), 26 y concordantes de la Ley provincial Nº 50 y sus modificatorias;

Por ello,

**EL TRIBUNAL DE CUENTAS**

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1°**.- Aprobar el Informe Legal N° 136/2018, Letra: T.C.P.-C.A., cuyos términos se hacen propios y forma parte de la presente, con las consideraciones adicionales efectuadas en el exordio. Ello, en virtud de lo expuesto en los considerandos.

**ARTÍCULO 2°.-** Notificar con copia certificada de la presente y remisión de las actuaciones del Visto al Presidente del IN.FUE.TUR., Lic. Luis A. CASTELLI.

**ARTÍCULO 3°.-** Notificar en la sede de este Organismo al Secretario Legal, Dr. Sebastián OSADO VIRUEL, por su intermedio a la Abogada dictaminante, Dra. Andrea V. DURAND y al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. Rafaél A. CHORÉN.

**ARTÍCULO 4°.-** Registrar. Comunicar. Publicar. Cumplido, archivar.

**RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 232 /2018.**

C.P. Luis María CAPELLANO
VOCAL CONTADOR
TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA

CPN Hugo Sebastián PANI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 232

Informe Legal Nº 136/2018

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

Cde. Expte. Nº 56 Letra: DU Año: 2018

Ushuaia, 21 de septiembre de 2018

**SR. SECRETARIO LEGAL**

**DR. SEBASTIÁN OSADO VIRUEL**

Viene a la Secretaría Legal el expediente del registro de la Gobernación de la Provincia *ut supra* citado, caratulado: *"S/ LICITACIÓN PÚBLICA PARA LA CONCESIÓN DEL CENTRO DE MONTAÑA GLACIAR MARTIAL"*, a fin de que se emita dictamen jurídico.

## I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron a raíz de la Nota Nº 24/2018 Letra: Presidencia, suscripta por el Presidente del Instituto Fueguino de Turismo (IN.FUE.TUR.), Lic. Luis CASTELLI, con el objeto de realizar los respectivos pliegos de bases y condiciones generales y particulares que regirán el procedimiento de licitación pública para el otorgamiento de la concesión de uso y explotación del Centro de Montaña Glaciar Martial, cuya administración le fue otorgada al Instituto por el Decreto provincial Nº 746/1990.

En virtud de ello, se realizaron los respectivos proyectos de pliegos de bases y condiciones generales y particulares (fs. 4/13 y 14/40).

Posteriormente, mediante el Informe Nº 20/2018 tomó intervención el Jefe de Departamento, Contratos y Licitaciones del INFUETUR, Dr. Emiliano Víctor FOSSATO, por el que concluye que: "*Analizado el proyecto, advirtiendo unas cuestiones de formas que al momento de la emisión del acto administrativo que proceda al llamado deberán ser consideradas para ello, no resta realizar alguna consideración legal mayor.*

*Si es oportuno que el proyecto sea remitido a las áreas técnicas como ser Dirección de Planificación y Desarrollo Turístico; Centro de Montaña Glaciar Martial; Dirección de Finanzas a los fines de que realicen el análisis propio dentro de sus misiones y funciones.*

*Deberán incorporarse los Anexos que restan agregarse y las copias de los planos que delimitan las parcelas como así también aquellos que influyan sobre la concesión.*

*Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí se reitera que se encuentra vigente la Resolución In.Fue.Tur. Nº 169/15 que aprobó el PLIEGO DE BASES Y CONDICIONES GENERALES QUE REGIRÍA PARA TODA LA LICITACIÓN DE BIENES QUE ADMINISTRE EL INSTITUTIO; en este caso, como se modifica deberá dejarse sin efecto el anterior acto administrativo*".

Luego, por Informe D.A.J. Nº 20/2018, la Directora de Asuntos Jurídicos, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, comparte el informe *ut supra* mencionado y recomienda la intervención de la Dirección de Servicios Turísticos.

Seguidamente, por Nota Nº 34/2018 Letra: G.M.S.I.T., el Jefe de Departamento Glaciar Martial S.I.T., Técnico de Turismo, Matías A. PROST, puso de manifiesto su desacuerdo con la concesión del Centro de Montaña, pero sin perjuicio de ello efectuó un análisis de algunos artículos de ambos proyectos de pliegos.

Así, a fojas 53 obra la Nota Nº 81/2018 Letra: Dir.Serv.Tur, suscripta por la Directora de Servicios Turísticos, señora Yanina ELORRIAGA, por la que realiza una serie de sugerencias a tener en cuenta para incorporar al pliego.

A fojas 55/56 se expidió el Jefe de División de Arquitectura, Sebastián E. FAVALE, que analizó los proyectos de pliegos indicando: "*En el presente pliego no hace mención alguna sobre las obras de inversión adicionales o complementarias a las mínimas. Se deja abierta la posibilidad de realizar cualquier tipo de propuesta, gastronómica, comercial, recreativa, deportiva, etc. y no existe un monto mínimo para las inversiones adicionales.*

*Tampoco se hace mención a los lugares más factibles de implantación de las obras de inversión y si estarán ubicadas en la base o en el retorno del medio de elevación.*

*Este tipo de decisiones que evaluarán los oferentes a la hora de realizar su diagrama de obras e inversión, deberán estar muy bien fundadas y requerirán de estudios previos, tales como estudio de suelos, avalanchas, ambientales, desbordes del curso de agua, etc*".

Asimismo, a fojas 62/73 luce agregada la Nota Interna Nº 99/2018 Letra: D.E.e I., por la que el Jefe de Departamento de Organización de Eventos del Instituto, efectúa un análisis técnico sobre las condiciones del pliego.

Por su parte, de fojas 79 a 98 por Nota Nº 84/2018 Letra: S.P.I., el Secretario de Política Externa, Diego NOIA, hace un estudio de los pliegos para finalmente decir que: "*Por último, en relación a la sugerencia de que el pliego definitivo vuelva a ser analizado, una vez unificados los criterios en todos sus aspectos, conjuntamente con las distintas áreas intervinientes que participan del mismo, entendemos que una vez dada la directiva de lo que deberá conformar el pliego definitivo por la Presidencia de este Instituto, volver a analizar el pliego por todas las áreas, sólo contribuiría a seguir dilatando el proceso de licitación confundiéndose la opinión y sugerencias de las áreas técnicas con quien toma la decisión, siendo potestad de la Presidencia la decisión*".

*A posteriori*, tomo intervención el Presidente del INFUETUR, Lic. Luis CASTELLI y por Nota Nº 109/2018 Letra: Presidencia, dirigida a la Sra. Directora de Asuntos Jurídicos, solicitó la elaboración de la versión final del pliego licitatorio definitivo para proceder al llamado, además detalló una serie de aspectos a tener en cuenta de conformidad con todas las intervenciones obrantes en el expediente.

Así, a fojas 149 a 181 se adjuntó la versión final con todas las modificaciones incorporadas.

En este contexto, se da intervención a la Auditoría Interna que por Nota Nº 02/2018, suscripta por el Auditor Interno del INFUETUR, C.P. Martín ANGIORAMA y el Auditor General Adjunto, Germán ARAMBURU

SANTAELLA, se indicó que: *"En lo que respecta a la intervención de este órgano de control, se reitera que no es competencia del mismo emitir opiniones sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia del pliego de bases y condiciones sujeto a análisis de esta contratación, por lo tanto y siendo lo único solicitado por la nota obrante a fs. 187 no se pudieron realizar tareas de control competentes a esta auditoría, por la limitación establecida en el artículo 97 de la ley 495, y el estado de las actuaciones. No obstante ello y sin ahondar en cuestiones de fondo, se realizan las siguientes consideraciones a tener en cuenta a fin de agilizar la presente tramitación, como así también la de futuros expedientes, a los fines la mejora continua del control interno del organismo en general:*

*a) Se solicita se gire fotocopia del presente expediente luego de emitirse el llamado a licitación pública con el pliego aprobado a fin de acelerar los tiempos de control interno del mismo y una vez girado en la instancia correspondiente poder verificar con mayor celeridad el cumplimiento de la oferta con el PByC*

*b) Visto la cantidad de remisiones realizadas a las distintas direcciones del organismo, en futuras actuaciones se recomienda que las mismas sean realizadas con copia fiel del expediente y de manera simultanea a fin de disminuir los tiempos de tramitación de las actuaciones, en este caso en particular el Pliego de Bases y Condiciones (PbyC) obrante a fs, 4/39 fue girado a 7 áreas a fin de realizar revisión del mismo, dicho proceso demoro más de dos meses, aunque en ningún caso estuvo mas de una semana en cada una de las áreas en cuestión.*

(...) *d) Teniendo en cuenta que mediante el Expediente de referencia tramita una licitación pública para la concesión de un espacio del estado, resulta*

*pertinente remitir las mismas a la Dirección General de Contrataciones, a efectos de su intervención, en virtud a ser el área entendida y competente en materia de contrataciones.*

*e) Oportunamente, deberán remitirse las presentes actuaciones al Tribunal de Cuentas de la Provincia*".

Luego, se adjunta el proyecto de acto administrativo por el que se dejaría sin efecto la Resolución In.Fue.Tur. Nº 169/2015 y su similar Nº 510/2015, se autorizaría el llamado a licitación y se aprobarían los pliegos de bases y condiciones generales y particulares. Asimismo, estos se remiten adjuntos como anexos.

A fojas 229 la Directora de Asuntos Jurídicos del Instituto, por Informe D.A.J. Nº 51/2018, expone un detalle de los antecedentes expuestos e indica la documentación que se fue incorporando a lo largo de las presentes actuaciones.

Finalmente, por Nota Nº 552/2018 Letra: IN.FUE.TUR, la Secretaria de Política Interna, Lic. Silvia M. GIGLI, remite las actuaciones a este Tribunal de Cuentas para que en el marco de la Resolución Plenaria Nº 124/2016 se tome intervención, indicando que: "*En virtud de la resolución plenaria referida se cumplieron los pasos establecidos en el Anexo I de la misma remitiendo el original de las actuaciones donde se encuentra la intervención del servicio jurídico permanente de este Instituto.*

*La solicitud de consulta deviene de lo recomendado por la Auditoría Interna en su Nota Nº 02/18, en las actuaciones de referencia, considerando oportunamente remitir a la consulta legal del pliego de bases y condiciones que*

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 235

*regiría el llamado a licitación pública a los efectos de poder emitir el acto administrativo. El control legal es necesario para poder determinar la coherencia de las normas que regirán el llamado en caso de proceder con el trámite".*

## II. ANÁLISIS

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial Nº 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

En su Anexo I se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por los poderes del Estado provincial, en virtud de ello, corresponde efectuar un análisis sobre la admisibilidad de la presente consulta, conforme lo establecido en el Capítulo I de la mentada Resolución.

Así, en su Anexo I, artículo 1º inciso d) prescribe: *"El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2° inciso i) de la Ley provincial N° 50, se realizará bajo las siguientes condiciones:* (…) *d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen* (…) *En caso de que el organismo o ente consultante no cuente con los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes, en forma previa a emitir la consulta a este Tribunal, se deberá dar intervención a la Secretaría Legal y Técnica, que deberá emitir un dictamen en los términos expuestos* (…)".

En este punto debe observarse que el Informe D.A.J. Nº 51/2018, suscripto por la Directora de Asuntos Jurídicos del Instituto, Dra. Lucrecia A. MENDIETA AGUILA, hace mención de todas las incorporaciones efectuadas por las distintas áreas al proyecto del pliego de bases y condiciones, tanto general como particular, pero no se habría efectuado un exhaustivo análisis jurídico de la contratación.

Es dable aquí efectuar una distinción entre lo que implica un informe y un dictamen jurídico. La doctrina ha hecho mención indicando que: "*a) El dictamen -a diferencia del informe-, en tanto opinión fundada en ciencia o arte, debe prevenir de un especialista y contiene una opinión o juicio que aplica a una ciencia o arte.*

(…) *b) El informe estrictamente consiste en un mero relato y exposición de hechos – noticia- sin elementos de juicio* (...)

(…) *En cada caso, entonces, corresponderá atender si lo principal ha sido relatar hechos o emitir opiniones, para diferenciar en ese orden, el informe del dictamen*" (MURATORIO, Jorge, *El dictamen jurídico en la Administración Nacional*, Revista de Doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica, 2002, Año 14, Ed. Lexis Nexis Depalma, pág. 543).

Al respecto, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que: "*Con carácter previo a la emisión del dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación es necesario que obren en el expediente las opiniones de los asesores jurídicos de los Departamentos de Estado vinculados al tema en consulta, no sólo porque ello corresponde a mérito de disposiciones legales vigentes sino también*

*por evidentes motivos que hacen a la más adecuada elucidación de las cuestiones planteadas y para evitar que este organismo asesor se convierta en una asesoría jurídica más, supliendo el cometido específico de sus delegaciones en cada repartición*" (conf. Dict. 230:143).

En este orden de ideas, correspondería recomendar que para futuras intervenciones deberá cumplimentarse debidamente los requisitos que exige la mentada Resolución Plenaria, dado que éstos resultan útiles al momento de evacuar las consultas realizadas.

Por su parte, las presentes actuaciones ingresaron a este Organismo a raíz de la Nota Nº 552/2018 Letra: IN.FUE.TUR, suscripta por la Secretaria de Política Interna a cargo de la Presidencia, Lic. Silvia M. GIGLI, con lo que se habría dado cumplimiento con lo establecido en los artículos 2º y 5º del Anexo I de la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

No obstante lo expuesto, procederé a efectuar el análisis de los pliegos remitidos a fin de velar por el debido cumplimiento de lo establecido por el ordenamiento jurídico que comprende a las contrataciones en el orden provincial.

A continuación, el desarrollo se limitará estrictamente a corroborar la legalidad de los proyectos de pliegos remitidos y las condiciones de la licitación pública. En consecuencia, no abordaré cuestiones que se encuentren directamente relacionadas con lo técnico o con la oportunidad, mérito y conveniencia, toda vez que ellas exceden la competencia de este Tribunal de Cuentas.

Del análisis realizado, pueden desprenderse las siguientes consideraciones:

- Pliego de Bases y Condiciones Generales:

El Artículo 45 que establece la devolución de la garantía de mantenimiento de oferta, reza lo siguiente: *"La garantía de la oferta será devuelta. a) A todos los Oferentes cuya oferta fuera rechazada o declarada inadmisible; b) A los Oferentes que no estén incluidos en la Adjudicación; c) A los Oferentes que la solicitaren en cumplimiento con lo establecido en el artículo 26".*

Aquí, considero que correspondería agregar el plazo existente para reclamar la devolución de la garantía luego de que los interesados sean debidamente notificados en el domicilio constituido.

Ello, en virtud de lo establecido por el Decreto provincial Nº 674/2011, artículo 34, inciso 29, el que dispone en su parte pertinente: *"En los casos en que, luego de notificados en el domicilio constituido, los oferentes o adjudicatarios no retirasen las garantías, podrán reclamar su devolución dentro del plazo de un (1) año a contar de la fecha de notificación.*

*La falta de presentación dentro del plazo señalado por parte del titular del derecho, implicará la renuncia tácita del mismo a favor del Estado y será aceptada por la autoridad competente al ordenar el ingreso patrimonial de lo que constituyere la garantía".*

- Pliego de Bases y Condiciones Particulares:

Para comenzar, el artículo 9º prescribe que: "*Los oferentes o sus representantes deberán visitar el predio a fin de tomar conocimiento del estado de las instalaciones y de todas las características que hacen a la prestación del servicio, así como las obras a realizar. En consecuencia, no podrá alegarse posteriormente causa alguna de ignorancia en lo concerniente a las condiciones de realización de las obras y prestación de los servicios y actividades propias de la concesión. Para ello, podrán recabar por su cuenta el asesoramiento de ingenieros o expertos en la materia, quienes podrán efectuar los estudios que entiendan pertinentes a los fines de elaborar un mejor informe a sus asesorados* (…)".

Respecto de este artículo, considero que sería conveniente poner a disposición de los posibles interesados los informes existentes que hayan sido efectuados oportunamente por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (INTI), en los que se determine el cumplimiento de las normas correspondientes y las especificaciones técnicas, dado que de esta manera el INFUETUR se encontraría cubierto frente a posibles reclamos respecto del estado de las instalaciones. Además, de brindarse un paquete de información más completo se evitaría la realización de estudios sobre aquellas cuestiones que ya fueron analizadas.

El IN.FUE.TUR. podría agregar como anexos los mencionados informes al pliego de bases y condiciones particulares, a efectos de que ellos sean obligatorios para los oferentes, toda vez que se encuentra en juego la seguridad de quienes vayan a hacer uso de todas las instalaciones del centro de montaña.

A propósito de ello, es prudente advertir la intervención de este Tribunal de Cuentas realizada en el expediente caratulado: *"S/ DENUNCIA SR. VARGAS VARGAS - LICITACIÓN AEROSILLA"* (N° 100/2014 Letra: SL), del registro de este Organismo.

Allí, el Sr. Francisco Segundo VARGAS VARGAS, en su carácter de agente de planta permanente del IN.FUE.TUR., efectuó una denuncia en contra de la Licitación Pública N° 001/2014 IN.FUE.TUR., referente a la concesión de uso y explotación del Centro de Montaña GLACIAR MARTIAL, por el deficiente estado de conservación de las instalaciones edilicias y la falta de habilitaciones o permisos, solicitando la suspensión del proceso licitatorio. Esto también fue expuesto ante el Fiscal de Estado.

En virtud de ello, luego de varios informes emitidos por la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas, el Secretario Legal, Dr. Sebastián OSADO VIRUEL, por el Informe Legal N° 157/2014, Letra: TCP-SL, indicó que: *"En esta nueva oportunidad, mediante Nota N° 531/2014, Letra: IN.FUE.TUR. se informó a este Órgano de Control que la Aerosilla del Centro de Montaña Glaciar Martial, efectivamente había sido puesta fuera de funcionamiento y, asimismo, se puso en conocimiento los actos administrativos emitidos en el marco de la licitación referida, de cuyos considerandos se desprende que se postergó la apertura de ofertas, en función de las graves falencias en materia de seguridad y el gran deterioro estructural de los medios, relevados por último informe emitido por el Instituto Nacional de Tecnología Industrial (I.N.T.I.).*

*Asimismo, del primero de dichos actos administrativos, la Resolución del Instituto Fueguino de Turismo N° 615/2014 (fs. 203), surge la orden de publicar la referida postergación de la apertura de ofertas y el informe antes*

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 238

*citado, a los efectos de que los interesados contemplen en sus propuestas, los trabajos e inversiones necesarios para explotar el servicio en cuestión, de acuerdo con las condiciones de seguridad recomendadas por el I.N.T.I.*

*En virtud de todo lo expuesto y, atento a que ambas cuestiones fueron únicas pendientes de tratamiento luego de la intervención del señor Fiscal de Estado de la provincia, entiendo que la situación objeto de intervención de este Tribunal de Cuentas, ha quedado suficientemente resguardada hasta que corresponda su nueva intervención formal, ya en el marco del control preventivo sobre las actuaciones de la Licitación Pública Nº 01/14".*

Posteriormente, por Resolución Plenaria Nº 200/2014 se dio por finalizada la intervención de este Tribunal de Cuentas en las actuaciones, toda vez que, conforme surge de sus considerandos, se verificó que se habían adoptado las medidas de seguridad pertinentes, dado que la aerosilla no se encontraba en funcionamiento y, que además, existía un informe del INTI – del que surgían las falencias detectadas- que había sido notificado a los adquirentes del pliego.

De lo transcripto es dable deducir que, por un lado en el año 2014 por medio de la mentada denuncia se dejaron asentadas las irregularidades pertinentes en relación al estado estructural de las instalaciones del centro de montaña, ello al momento de efectuarse la licitación referente a su concesión de uso y explotación, además, se puso en conocimiento a la Fiscalía de Estado y, en consideración de las observaciones efectuadas, el Instituto dio a conocer todas las falencias a los adquirentes del pliego.

Los antecedentes expuestos ponen de relieve que, en la presente contratación y a fin de evitar posibles impugnaciones a los respectivos pliegos, sería considerable que toda la información relacionada con el estado estructural de las instalaciones se ponga a disposición de los posibles interesados. En efecto, tal como ya fuera expuesto, podría realizarse un paquete de información basada en los estudios oportunamente realizados, que esté al alcance de todos los posibles oferentes.

De esta manera, se daría a conocer la situación actual y real de las estructuras que integran el centro de montaña, con la finalidad de procurar la seguridad de quienes hagan uso de ellas. Ello, a fin de que sea conocido por los eventuales oferentes en resguardo de los principios de concurrencia, igualdad y transparencia que rigen en el procedimiento licitatorio.

Desde otra arista, el artículo 14 establece la "*Devolución de las Garantías*", en este punto debe tenerse en cuenta lo expuesto precedentemente en relación al artículo 45 del Pliego de Bases y Condiciones Generales y al plazo establecido en el Decreto provincial Nº 674/2011, artículo 34, inciso 29.

Por otro lado, el artículo 27 prescribe que: "*La Comisión de Evaluación elaborará* (...) *un cuadro comparativo con el análisis de las Ofertas presentadas. Luego labrará acta con los resultados de su estudio, sugiriendo un orden de mérito de las Ofertas que a su juicio cumplan más acabadamente con el objeto y requisitos de la licitación.*

*Evaluará asimismo la Capacidad económico-financiera de los Oferentes para hacer frente a las obligaciones que asume, tanto en la inversión a concretar* (...) *como para los gastos operativos corrientes que presupone la*

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 239

*Adjudicación; como así los gastos necesarios para afrontar en tiempo y forma la ejecución de los trabajos de reparación, conservación, mantenimiento e instalación de servicios, y para la provisión de los bienes necesarios para el funcionamiento del Centro de Montaña conforme se exige en este pliego".*

A su vez, el artículo 31 establece cómo se efectuará la evaluación de las ofertas, indicando que: *"La documentación contenida en las ofertas será analizada por una Comisión de Evaluación integrada por miembros idóneos designados por el Concedente, la que se conformará con antelación al acto de apertura del Sobre Nº 1.*

*La Comisión de Evaluación deberá analizar integralmente los proyectos presentados por los oferentes considerando prioritariamente: el monto total de la inversión propuesta, los antecedentes del oferente y su desempeño al frente de proyectos y/o actividades de montaña, actividades turísticas, hoteleras, gastronómicas o afines, en la provincia o fuera de ella y/u otras actividades económicas que se encuentre desarrollando en el país o en el exterior, propuestas vinculadas a los medios de elevación a instalarse y la puesta en valor de las instalaciones, canon ofrecido, obras y/o actividades complementarias incorporadas al proyecto, propuesta de tarifa diferenciada al turismo local y/o sectores educativos de la provincia, jubilados, personas con discapacidad y el plan de explotación proyectado.*

*A los efectos antes referidos, la Comisión Evaluadora deberá ponderar el monto de las inversiones proyectadas en función de los elementos que permitan justificar la inversión la propuesta en base materiales a utilizarse, las especificaciones técnicas y planes de obras propuestos, de acuerdo a valores*

*razonables de plaza, y en cualquier caso deberán considerar preferentemente aquellos elementos que exhiban mejores condiciones de sustentabilidad integral del proyecto.*

*Los antecedentes de los oferentes serán ponderados en tanto la experiencia acreditada en las actividades antes reseñadas hayan sido desarrolladas por prestadores habilitados y regulares, en el período que pretenda certificar*".

A propósito de ello, es prudente traer a colación lo establecido por el Decreto provincial Nº 674/2011 en el artículo 34, punto 56, que dispone lo siguiente: "*La comisión se expedirá determinando un orden de mérito entre las ofertas que se ajusten a las bases de contratación, a fin de realizar la preadjudicación. La preadjudicación deberá recaer en la propuesta que, ajustada a las bases de contratación, sea la más conveniente en relación al precio, calidad, plazo de entrega, etc; debidamente ponderados en informe avalado por autoridad competente*".

Asimismo, el artículo 43 de la Ley provincial Nº 1015 reza que: "*La adjudicación deberá recaer en la propuesta que ofrezca el mayor canon, salvo que en los respectivos pliegos de bases y condiciones particulares se estableciera otro criterio de selección*".

De lo expuesto se desprende que, más allá de las condiciones que establece el pliego para ponderar la oferta más conveniente al interés público, no cabría apartarse de lo establecido por la normativa, es decir, que al momento de efectuar el orden de mérito debe tenerse en cuenta cuál es la oferta que ofrece mayor canon y que mejor cumple con lo dispuesto por el Pliego.

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 240

La Procuración del Tesoro puso de manifiesto en uno de sus Dictámenes que: "(...) *conforme a las competencias exclusivas y excluyentes que tiene normativamente asignada la Comisión de Evaluación, le correspondía el análisis no sólo de los requisitos exigidos por la normativa vigente y por los pliegos respectivos y la evaluación de las calidades de los oferentes, sino también -y en forma primordial- juzgar las ofertas y recomendar sobre la resolución a adoptar para concluir el procedimiento*"(Conf. *Dict. 185:159*).

A mayor abundamiento, cabe precisar lo indicado por prestigiosa doctrina: "*Cassagne explica que la adjudicación constituye el acto administrativo que selecciona la oferta más conveniente para la Administración desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económico financiera (4) y, en ese sentido, destaca las dificultades existentes para adoptar un criterio uniforme que defina el principio aplicable para realizar la selección ante la ausencia de pautas indicadoras en el pliego. De allí que postula que la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos y antecedentes similares) (5)*" (SESIN, Domingo, Cuestiones de contratos administrativos, Ed. RAP, Bs. As., 2007, p. 125/142).

En particular, sobre la selección de los contratistas la Doctrina ha sostenido que: "*A partir de esa idea, nos permitimos agregar, ahora, que cuando la Administración contrata siempre debe seleccionar, en el sentido de que al elegir al contratista, debe preservar la moralidad de su accionar, la eficacia de la gestión y el trato igualitario a quienes estén, objetivamente, en condiciones de aspirar a la contratación*" (COMADIRA, Julio Rodolfo, *Algunos aspectos de la*

*licitación Pública,* Publicado en *Contratos Administrativos,* Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, 2000, ps. 319 y ss).

Así, se garantizaría que la decisión no sea estrictamente discrecional y sin parámetros de comparación.

Por otro lado, el artículo 36 segunda parte -del pliego de bases y condiciones particulares- respecto de la Cesión de la Concesión dispone que: *"El Concesionario podrá solicitar al Concedente autorización para ceder la Concesión a un tercero, mediante el trámite consignado en el artículo siguiente. La decisión de aceptar o rechazar la solicitud del Concesionario será tomada por el Concedente, según su exclusivo criterio. Para solicitar la autorización de cesión, deberán cumplir las siguientes condiciones mínimas:* (…)

*Y los requisitos a cumplir por el cesionario propuesto son:*

*I) Cumplir con la totalidad de los antecedentes exigidos por el presente Pliego de Bases y Condiciones para el Concesionario original.*

*II) Constituir la Garantía de Cumplimiento de Contrato que determina el Pliego de Bases y Condiciones Particular como el General".*

Resulta menester aclarar que también debería incluirse el Pliego de Bases y Condiciones Generales, con el objeto de asegurar el cumplimiento de los requisitos allí impuestos. Ello, sin perjuicio de que éste se encuentra mencionado en el inciso II), pero haciendo referencia exclusivamente a la garantía de cumplimiento del contrato.

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 241

Asimismo, que se condiere incluir en el pliego que el cedente es solidariamente responsable por el cumplimiento de las oligaciones emergentes del contrato por parte del cesionario. Más aún teniendo en consideración lo prescripto con respecto a la subconcesión, tal como se explica a continuación.

Luego, el artículo 38 dispone bajo qué condiciones se desarrollará la subconcesión, al respecto conviene precisar lo prescripto por el Código Civil y Comercial de la Nación, que en sus artículos 1069 y 1071 establecen lo siguiente:

Artículo 1069: *"Definición. El subcontrato es un nuevo contrato mediante el cual el subcontratante crea a favor del subcontratado una nueva posición contractual derivada de la que aquél tiene en el contrato principal"*

Artículo 1071: *"Acciones del subcontratado. El subcontratado dispone:*

*a) de las acciones emergentes del subcontrato, contra el subcontratante;*

*b) de las acciones que corresponden al subcontratante, contra la otra parte del contrato principal, en la extensión en que esté pendiente el cumplimiento de las obligaciones de éste respecto del subcontratante. Estas acciones directas se rigen por lo dispuesto en los artículos 736, 737 y 738".*

Es dable tener en cuenta el comentario efectuado al inciso b) -de este último artículo citado- el que indica lo siguiente: "(…) *b) La acción directa que prevé este inciso y que remite a las normas expresas que la regulan, ya no deja*

*dudas de su alcance y efectos. El subcontratado puede accionar contra el contratante principal.*

*En cuanto a la acción directa, se dice que es la que compete al acreedor para percibir lo que un tercero debe a su deudor, hasta el importe del propio crédito. El acreedor la ejerce por derecho propio y en su exclusivo beneficio, tiene carácter excepcional, es de interpretación restrictiva y sólo procede en los casos expresamente previstos por la ley*" (RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado,* La Ley, Buenos Aires, 2014).

En efecto, haciendo uso del instituto de la analogía y como derivación de un derecho patrimonial renunciable, considero que sería prudente dejar establecido en el pliego de bases y condiciones particulares que no procederá ningún tipo de acción directa por parte del subcontratado contra el concedente.

Además, el mentado artículo 38 establece que el concesionario no estará facultado para "(...) *transferir las obligaciones o responsabilidades que hayan sido adjudicadas en forma directa o indirecta por este Pliego o el Contrato de concesión, de las que será el único responsable*".

Es importante también que ello se ponga en conocimiento del subcontratado de manera fehaciente, a efectos de garantizar la indemnidad del Instituto frente a posibles reclamos, en virtud de que el concesionario es el obligado principal en la relación.

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 242

Por último, como consideraciones finales, cabe poner de relieve las siguientes, que surgen de un modo más general, pero que de cualquier modo deberían tenerse en cuenta:

- Tal como surge de las presentes actuaciones (artículo 7 del Pliego de Bases y Condiciones Generales), restaría determinar la fecha del acto de apertura de los sobres.

- Igualmente, debería indicarse el destino de los bienes que actualmente forman parte de las instalaciones y que no serán utilizados por el futuro concesionario, teniendo en cuenta los costos que ello implica.

Al respecto, cabe tener en cuenta lo dispuesto en la Ley provincial Nº 1015 en sus artículos 68 y 69, en relación a la administración y disposición de los bienes muebles.

- Adicionalmente, estimo que correspondería establecer alguna cláusula que determine la obligación del concesionario de mantener la indemnidad del concedente en todo lo que concierne a los usuarios.

Lo expuesto, resulta necesario con el objeto de determinar que todas aquellas vicisitudes que pudieran surgir o afectar a los usuarios del centro de montaña, sean reclamadas al concesionario y no frente al IN.FUE.TUR.

- Resultaría oportuno también, dejar determinado con qué periodicidad se efectuarán los controles e inspecciones por parte del IN.FUE.TUR, sobre todo a

fin de llevar un estricto relevamiento del estado y mantenimiento de las instalaciones y de las estructuras.

- Por su parte, en lo relativo al marco jurídico aplicable a la presente contratación, podría incluirse la Ley nacional Nº 17.520 de Otorgamiento de Concesiones de Obras Públicas.

Esta norma rige en virtud de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley provincial Nº 23.775 de Provincialización que indica: *"Las normas del territorio nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley, mantendrán su validez en el nuevo estado, mientras no fueren derogadas o modificadas por la Constitución de la nueva provincia, la presente ley, o la Legislatura provincial, en cuanto sean compatibles con su autonomía".*

La Ley nacional Nº 17.520 establece que el Poder Ejecutivo podrá otorgar concesiones de obra pública por un término fijo, a sociedades privadas o mixtas o a entes públicos para la construcción, conservación o explotación de obras públicas mediante el cobro de tarifas conforme a los procedimientos fijados para ello.

Es prudente advertir, que la concesión de obra pública es definida por la doctrina como: "(…) *un modo de ejecución de la misma, en que la Administración Pública celebra un contrato administrativo con un administrado para que realice un trabajo determinado y el precio será pagado por los que utilicen la obra o se beneficien con ella, a cuyo fin serán otorgadas temporalmente al cocontratante ciertas facultades para que pueda efectivamente percibir esa remuneración, durante el lapso en que deba hacerlo*" (GIGENA, Julio Isidro, "Concesión de obra

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 243

pública", texto manuscrito de la conferencia pronunciada en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo organizadas por la Asociación Argentina de Derecho Administrativo en Rosario, 1989).

Este tipo de contratación es una herramienta que sirve para llevar adelante trabajos que el Estado no se encuentra en condiciones de financiar.

En orden a lo expuesto, no puede soslayarse que la elaboración de los pliegos constituye una de las etapas fundamentales del procedimiento de selección a seguir, a efectos de celebrar y ejecutar el posterior contrato. Por ello, estimo que debería respetarse el marco de legalidad, ya que ello va a garantizar que se seleccione la oferta más conveniente y se cuente con el espectro normativo más completo para regir la ejecución del contrato.

## III. CONCLUSIÓN

En función del análisis realizado, no existiendo más observaciones que las efectuadas *ut supra* y toda vez que de las presentes actuaciones no se desprende ninguna ilegalidad manifiesta o contradicción al procedimiento de selección -establecido por el ordenamiento jurídico que comprende a las contrataciones en el orden provincial y la Ley nacional Nº 17.520- se elevan las actuaciones para la continuidad del trámite.

Andrea Vanina DURAND
Abogada
Mat. Nº 719 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Señor Vocal Abogado
en ejercicio de la Presidencia
Dr. Miguel Longhitano

Comparto los fundamentos del Informe Legal N° 136/2018 Letra TCP-CA, emitido por la Dra. Andrea Devaudy elevo las actuaciones con el proyecto de acto administrativo cuya emisión estimo pertinente.

Dr. Sebastián OSADO VIRUEL
Secretario Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia
24 SEP. 2018