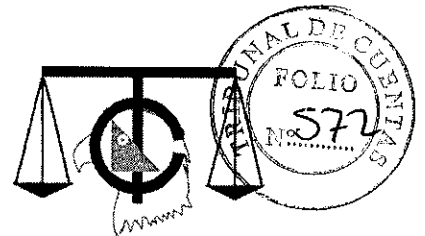




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"
Informe Legal N° 123/2018

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

Cde. Expte. N° 13759 Letra: MS Año: 2015

Ushuaia, 28 de agosto 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/ CONTRATACIÓN DE LOCACIÓN DE SERVICIOS DE ESPECIALISTAS EN TERAPIA INTENSIVA PEDIATRICA, PARA EL HOSPITAL REGIONAL USHUAIA*", a fin de que se emita dictamen jurídico.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron a fin de efectuar la contratación de un equipo de profesionales médicos -especialistas en Terapia Intensiva Pediátrica- para la prestación de servicios en el Hospital Regional Ushuaia. Así, una vez obtenido el consentimiento por parte de la entonces Gobernadora, María Fabiana RIOS (fs. 180), por la Resolución M.S. N° 7/2015 se dispuso autorizar la contratación de los que conformaban el mencionado equipo.

El contrato de locación de servicios fue celebrado el 16/11/2015 y registrado bajo el N° 17427, asimismo fue posteriormente ratificado por el Decreto provincial N° 1238/2016.

Luego, se realizaron consecutivas adendas al contrato, con el objeto de actualizar los montos establecidos y de incorporar nuevos médicos.

En efecto, tomó intervención este Tribunal de Cuentas y por medio del Acta de Constatación TCP N° 21/16-P.E., en el marco del control preventivo, se analizó la adenda, que fue posteriormente registrada bajo el N° 17498, efectuándose los pertinentes requerimientos y recomendaciones (fs. 313). Posteriormente, volvieron a ingresar las actuaciones en el marco del control posterior, emitiéndose el Acta de Constatación TCP N° 105/16 -P.E.

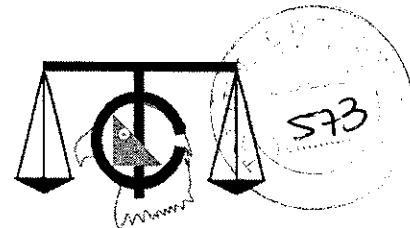
A fojas 330 obra Informe M.S. N° 4833/2016, suscripto por el entonces Ministro de Salud, Dr. Marcos Arturo COLMAN, por el que pone de manifiesto que: *“(...) será la Dra. Mariel IDIGORAS, quien se desempeñe como Coordinadora del Grupo de Profesionales, ello a los efectos prácticos y a fin de brindarle mayor celeridad, asumiendo la responsabilidad de garantizar la concurrencia de los profesionales médicos intensivistas pediátricos en el Hospital Regional Ushuaia”.*

Por su parte, a fojas 423 puede observarse una copia de la adenda al contrato de locación, registrada bajo el N° 17649, por la que se conviene la designación de la Dra. IDIGORAS como coordinadora del equipo de profesionales, la que -además- fue suscripta por todos los médicos. Esta fue más tarde ratificada por Decreto provincial N° 149/2017.

Es dable advertir, que este Órgano de Control intervino previamente a su dictado mediante el Acta de Constatación TCP N° 151/16-P.E, por la que se efectuaron una serie de requerimientos y recomendaciones y, posteriormente, por el Acta de Constatación TCP N° 248/16 P.E., por la que se realizó la siguiente observación: *“Se observa con carácter insalvable la extemporaneidad en la*



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

suscripción de la firma de la Adenda registrada bajo el N° 17649 en virtud de que la misma fue suscripta el 19/10/2016, según consta a fs. 423, a fin de actualizar los valores del contrato de locación de servicios registrado bajo el N° 17427 en forma retroactiva a partir del 01/08/2016".

A fojas 492, por una nueva adenda, registrada bajo el N° 17832, se hicieron una serie de modificaciones, a saber: **"SEGUNDA: LAS PARTES acuerdan que LA COORDINADORA, estará facultada para designar a un médico reemplazante toda vez que algunos de LOS CONTRATADOS no pudieran concurrir a prestar el servicio convenido. Dicho profesional deberá contar con matrícula provincial y seguro de responsabilidad civil por mala praxis vigente y/o aquellos seguros que pudieran ser necesarios.**

TERCERA: Conforme a la Cláusula anterior, la prestación profesional podrá ser facturada por el médico reemplazante o por **LA COORDINADORA.**

CUARTA: En virtud de las modificaciones antes mencionados, **LAS PARTES,** acuerdan que la Cláusula Sexta del referido Contrato de Locación, quedará redactada de la siguiente manera: 'CLAUSULA SEXTA: LA PROVINCIA contrata a **LOS PROFESIONALES** en relación a su formación acreditada y/o especialidad certificada"'.

En virtud de ello, se emitió el Informe S.L.y T. N° 903/17 (fs. 496), suscripto por el Secretario de Coordinación Legal y Técnico, Dr. Cristian GREMIGER, a fin de tomar intervención en el proyecto de Decreto que obra a fojas 494 y por el que se ratificaría la mencionada adenda.

Allí, expuso que: “(...) previo a la intervención de esta Secretaría, deberá darse intervención al servicio jurídico de esa cartera ministerial, a los efectos de que, teniendo presente la normativa aplicable en la materia y lo previsto en la Cláusulas Segunda y Tercera de la Adenda, se expida al respecto de: 1.- el encuadre jurídico de la facultad que procura otorgarse a la 'Coordinadora' para designar 'médicos reemplazantes'; 2.-cuál sería el encuadre jurídico de la relación entre ese tercero y la Provincia; que acto jurídico aprobaría la misma y cómo se efectuaría el control previo, concomitante y posterior de la contratación, para resguardar los intereses de la Provincia; y 3.- en qué carácter facturaría la 'Coordinadora' prestaciones que brindaría un tercero”.

Así las cosas, a fojas 497, toma intervención la abogada de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud, Dra. Carla Alexia PONCE, a través del Informe N° 832/2017 Letra: DGAJ-MS, por el que indicó que: “En relación al encuadre jurídico de la facultad que procura otorgarse a la 'Coordinadora' para designar 'médicos reemplazantes' en la adenda obrante a fs. 492, resultan 'coordinados' por al Dra. Idigoras: a) Equipo de Profesionales contratados por la Administración en forma expresa según surge del Contrato de Locación de Servicios, Adenda registrada bajo el N° 17498 y Adenda registrada bajo el N° 17649 y b) profesionales no vinculados a la Administración; y la segunda, en relación a la Administración Pública Provincial.

En cuanto al primer vínculo apartado a) resulta útil remitirnos a la cláusula CUARTA de la adenda antes mencionada, donde la Dra. Idigoras fue designada 'Coordinadora del Equipo de Profesionales'. De dicha previsión contractual podría interpretarse la existencia de un contrato de mandato, celebrado entre la Dra. Idigoras y los Dres. Saldías, Taruselli, Romangoli, Bortagaray, Fernandez de Ullivari, Ibañes, Lainatti, Paradelo y Zabalegui.



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

(...) En relación al encuadre jurídico existente entre la 'Coordinadora' y terceros indeterminados y ajenos a la contratación realizada por la Provincia, no consta en las actuaciones la acreditación del vínculo jurídico alguno. Sólo cabe suponer la existencia de un mandato, al menos tácito, sin constar en esta intervención la real ejecución del mismo que implique.

(...) Por otra parte, las facultades otorgadas a la 'Coordinadora' respecto de la Administración reconocen origen contractual conforme surge de fs. 492, sin que resulte posible encuadrarlo en algún tipo contractual específico ni involucrar relación de empleo público.

Requerimiento 2.

No se advierte vinculación jurídica alguna entre el tercero y la Provincia.

Conforme lo previsto en la cláusula Segunda de la Adenda obrante a fs. 492, no se advierte cual sería el acto jurídico que aprobaría la misma, ni la oportunidad en que se efectuará el control previo, concomitante y posterior.

En este punto cabe reiterar la recomendación efectuada por el Tribunal de Cuentas de la Provincia en las Actas de Constatación T.C.P. N° 21/16-P.E. (fs. 306/309) y N° 151/16 (fs. 415/418) '(...) se recomienda que futuras actuaciones se deje establecido en el contrato de manera clara la modalidad de organización, rotación y prestación del servicio por parte de los profesionales que forman parte del equipo a fin de garantizar la prestación del

servicio de manera continua así como la retribución a abonar a cada uno de ellos”.

Como consecuencia de ello, por Informe N° 6025/17 Letra: M.S., el Secretario de Administración Financiera e Infraestructura Sanitaria del Ministerio de Salud, Lic. Víctor Hugo DÍAZ, expresó que: *“Vengo por la presente, y en relación a las consideraciones efectuadas mediante Informe S.L.yT. (fs. 496), a informar que la modificación realizada al contrato estableciendo la figura de Coordinador está directamente relacionada a la dinámica y finalidad que se procura con el contrato de profesionales para la cobertura de la UTI pediátrica, esto atento que con el mismo, lo que se busca es garantizar la prestación del servicio las 24 horas los 365 días del año, para atender cualquier contingencia que signifique riesgo de vida. Es así que a pesar de que el contrato prevé que se preste servicios de manera quincenal, ha ocurrido que a veces se cubre de manera semanal y se reorganiza la atención con la cobertura de otro terapeuta.*

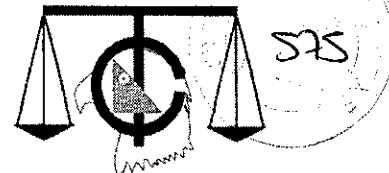
Es importante destacar que a pesar de los esfuerzos realizados, no se ha podido lograr incorporar personal especializado al servicio de UTI pediátrica, debido a la falta de profesionales en el país.

Del mismo modo, resulta muy importante garantizar que los contratos que realice la Administración Pública estén en un marco normativo que los permita, como así también deben garantizar contrataciones que se adecúen la dinámica y particularidades del sistema de salud, atento que la Provincia a través de su Constitución establece que el Estado es garante del acceso a los servicios de salud”.

Por otro lado, por Informe S.L.y T. N° 1255/2017, el Secretario de Coordinación Legal y Técnico, Dr. Cristian GREMIGER, expuso que: *“Sentado ello, y realizando un análisis e interpretación integral del Contrato de Locación*



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

de Servicio registrado bajo el N° 17427 y sus modificatorios, en relación a las facultades de la Coordinadora y la relación entre el tercero y la Provincia establecidas en la Cláusula Segunda, se advierte que, conforme lo acordado por las partes, la Coordinadora simplemente actuará como nexo entre ambas partes, toda vez que la incorporación del tercero al régimen del Contrato de Locación de Servicios bajo análisis, queda supeditada al aceptación por parte de la Provincia; y una vez efectuada la misma, el nuevo contratista tendrá los mismos derechos y obligaciones que el resto".

Con posterioridad a ello y con motivo de otra adenda efectuada al contrato objeto de las presentes actuaciones, tomó intervención este Órgano de Control y a través del Acta de Constatación T.C.P. N° 209/18-P.E., realizada por la Auditora Fiscal, C.P. Noelia M. PESARESI, se hizo el siguiente requerimiento: *"Si bien en la cláusula quinta de la adenda registrada bajo N.º 17649 (fs. 481/482), suscripta con fecha 19/10/2016, se establece la obligación en los términos de la Resolución MS N.º 606/15, se advierte que esta última fue suscripta por el término de un año a partir del 13/11/2015, por lo que ya no se encontraría vigente. En virtud de lo expuesto, se sugiere realizar la modificación contractual pertinente, a fin de que la incorporación de personal a la presente contratación se ajuste a la normativa vigente que regula la matriculación de profesionales en la Provincia".*

Este requerimiento fue contestado mediante la Nota N° 3470/18 Letra: M.S., suscripta por el Secretario de Administración Financiera e Infraestructura Sanitaria, Ministerio de Salud, Lic. Victor H. DÍAZ, por la que indicó lo siguiente: *"Sin perjuicio de ello, resulta necesario resaltar la modalidad de prestación de servicios brindados por parte del Equipo de Profesionales Intensivistas*
M *Pediátricos, los cuales deben garantizar la cobertura de la Unidad de Terapia*

Intensiva Pediátrica del Nosocomio provincial durante todo el año calendario. En tal sentido la designación de la Dra. Mariel Idigoras como coordinadora del citado equipo de profesionales es de vital importancia para la organización del equipo, y tener un referente dentro de los profesionales contratados a fin de solucionar cualquier situación de emergencia, fuerza mayor o caso fortuito, etc, con la mayor celeridad y eficiencia posible.

Al respecto, es dable destacar que son incansables los esfuerzos que realiza la provincia para lograr la incorporación en planta permanente de médicos especialistas pediátricos; objetivo que no se ha podido alcanzar en virtud de la ausencia de especialista en nuestro país, pero que, sin perjuicio de ello, se ha logrado suscribir el presente Contrato de Locación de Servicios con este equipo de médicos especialista.

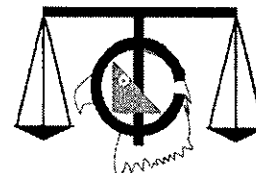
Por consiguiente, dicho contexto debió ser tenido en cuenta no solo al momento de suscribir el contrato de locación, sino también para las sucesivas modificaciones a fin de poder garantizar el servicio y cumplir con la manda Constitucional provincial al respecto.

En tal sentido, las facultades otorgadas a la coordinadora del equipo médico, se encuentran amparadas bajo dicho contexto y materializadas por las adendas posteriores a la suscripción del Contrato de Locación de Servicios.

(...) Teniendo en cuenta que con fecha 23 de Marzo de 2017 (fs. 492), en el CR N° 17832 los profesionales intervinientes, suscriben dicho documento donde, entre otros, se presta conformidad a que la Coordinadora intervenga en todo lo concerniente a la prestación de servicio del grupo en su conjunto. Así las cosas, se ha interpretado que existe un acuerdo tácito que sea la citada



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

profesional quien intervenga en las posteriores negociaciones y/o adendas futuras".

Así las cosas, por el Informe Contable N° 378/2018 Letra: T.C.P.-P.E., la Auditora Fiscal, C.P. Noelia M. PESARESI, luego de efectuar la conclusión correspondiente, sostuvo que: *"Asimismo, y considerando lo dispuesto por el Artículo 7 de la Ley Provincial N° 1015, se verifica: (...)*

- Ausencia de encuadre legal que contemple la posibilidad de que la coordinadora facture a la Provincia los servicios prestados por un tercero no contratado.*
- La ausencia de instrumento legal que otorgue a la Dra. IDIGORAS poder de representación del grupo de profesionales: sobre este particular se solicita, salvo mejor y elevado criterio, dar intervención a Secretaría Legal de este Tribunal a efectos de analizar esta cuestión según lo expuesto en el punto anterior.*

Por otro lado, se solicita intervención de la Secretaría Legal a fin de que se expida en relación a la modificación introducida por la adenda registrada bajo el N° 17832 mediante la que se eliminó la intransferibilidad del contrato intuito personae, según se expuso en la Nota. 2 del Acta de Contratación N° 209/18".

Finalmente, teniendo en cuenta lo analizado por la Auditora Fiscal, el Auditor Fiscal a cargo de la Prosecretaría Contable, C.P. David BEHRENS, remitió las actuaciones a esta Secretaría a fin de solicitar la debida intervención de acuerdo a lo expuesto en el Informe Contable *ut supra* mencionado.

II. ANÁLISIS

En virtud de lo consultado por la Auditora Fiscal, C.P. Noelia PESARESI, procederé a desarrollar de manera preliminar lo que atañe a la representación del grupo de profesionales por parte de la Dra. IDIGORAS para luego continuar con lo relativo a la facturación de los servicios prestados por un tercero.

En primer lugar, es dable advertir que conforme surge de la copia del Informe N° 8949/2015 Letra: M.S., suscripto por la entonces Subsecretaria de Salud, Dra. M. Florencia ARNST, se indicó que: *“Es así que se dio curso a una búsqueda intensiva de profesionales para ingreso a Planta Permanente, entrevistando el Dr. Artieda a varios profesionales que no aceptaron la Planta Permanente pero realizaron una propuesta de armado de equipo para dar cobertura bajo la modalidad de itinerantes.*

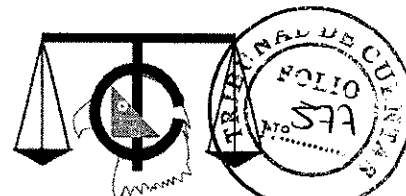
La propuesta inicial de la Dra. Idigoras en nombre del equipo médico formuló propuesta por la suma de Pesos Ciento Setenta Mil (\$170.000) mensuales.

(...) En este contexto y ante la imperiosa necesidad de garantizar la cobertura continua de la Terapia Intensiva Pediátrica, evaluando también los costos de las potenciales evacuaciones, se acordó con el equipo de la Dra. Idigoras” (fs. 260).

Por su parte, el entonces Ministro de Salud, Dr. Marcos A. COLMAN, mediante el Informe M.S. N° 4833/2016, indicó que: *“En tal sentido, se informa que a fin de llevar a cabo la tramitación de la Adenda correspondiente mediante*



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

la cual quedarán establecidos los nuevos valores, deberán tenerse en cuenta las siguientes modificaciones, a saber: (...)

-A partir de la fecha mencionada, será la Dra. Mariel IDIGORAS, quien se desempeñe como Coordinadora del Grupo de Profesionales, ello a los efectos prácticos y a fin de brindarle mayor celeridad, asumiendo la responsabilidad de garantizar la concurrencia de los profesionales médicos intensivistas pediátricos en el Hospital Regional de Ushuaia" (fs. 330/331).

Por otro lado, conforme se desprende de fojas 423, por una nueva adenda al contrato de locación de servicios se estableció en su cláusula cuarta que: **"LAS PARTES** convienen en la designación de la Dra. IDIGORAS, Mariel, D.N.I. N° 29.684.337, como Coordinadora del Equipo de Profesionales, a fin de organizar la concurrencia de los profesionales Médicos Intensivistas Pediátricos en el Hospital Regional de Ushuaia (...)"

Ello fue suscripto por todos los médicos contratados por el Hospital, lo que -sin más- podría considerarse como la conformidad necesaria para la designación realizada.

En consecuencia, haciendo uso del instituto de la analogía, cabe traer a colación lo previsto en el Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la figura del mandato, que es definida por el artículo 1319 de la siguiente manera: *"Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra.*

El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La

ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella”.

De este artículo surgen dos cuestiones a considerar en las presentes actuaciones, por un lado, la definición de lo que propiamente es el mandato y, por otro, lo relativo a la formación del consentimiento dado para que una persona actúe en representación de otra.

En este orden de ideas, al comentar la Doctrina el artículo referido, han sostenido que conforme surge del comentario efectuado al artículo los: “(...) *términos de la noción legal aluden a una actuación del mandatario en interés de otro sujeto -el mandante-, y ya no más en nombre de ese sujeto, como lo establecían uniformemente los conceptos de mandato civil y comercial que brindaban los textos derogados*” (RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IV, Ed. La Ley, 2014, p. 121).

De esta manera, puede observarse una exteriorización de voluntad por parte de los médicos contratados, tanto al momento de firmar la adenda que dispone como coordinadora a la Dra. IDIGORAS, como durante el transcurso de toda la contratación, dado que no existen -por lo menos en las presentes actuaciones- presentaciones efectuadas que, de alguna manera u otra, se opongan a lo convenido entre el Ministerio de Salud y la doctora.

Siguiendo esta línea de pensamiento, correspondería tener en cuenta lo siguiente. A simple vista parecería que no existe oposición -por parte de los profesionales que conforman el equipo contratado- a que la mentada doctora proceda como su supervisora y directora del grupo, más aun teniendo en cuenta lo expuesto por el entonces Ministro, Dr. COLMAN, en relación a que la designación



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

se haría a efectos de que una persona pueda llevar la contratación con mayor celeridad, asumiendo principalmente la responsabilidad de garantizar la concurrencia de los médicos intensivistas pediátricos al Hospital Regional de Ushuaia.

En efecto, si bien de las actuaciones no surge un mandato en sentido estricto, los profesionales se habrían sometido lisa y llanamente de manera voluntaria a la dirección de la Dra. IDIGORAS, dado que no se observaría que ella vaya a realizar actos jurídicos en nombre y representación de ellos.

A mayor abundamiento, el Secretario de Administración Financiera e Infraestructura Sanitaria del Ministerio de Salud, Lic. Victor DÍAZ, por Nota N° 3470/18 Letra: M.S., informó que: *"(...) En tal sentido la designación de la Dra. Mariel Idigoras como coordinadora del citado equipo de profesionales es de vital importancia para la organización del equipo, y tener un referente dentro de los profesionales contratados a fin de solucionar cualquier situación de emergencia, fuerza mayor o caso fortuito, etc, con la mayor celeridad y eficiencia posible"*.

En suma, de los antecedentes agregados se desprende que habría existido un *mandato tácito* de los profesionales contratados respecto de la Dra. IDIGORAS, para que actúe como coordinadora entre ellos y el Ministerio de Salud, ello en virtud de la aceptación voluntaria de someterse a su dirección y organización, lo cual no colisionaría con la normativa ni con el objeto de los respectivos contratos.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, considero prudente advertir que para el hipotético caso de que en futuras contrataciones se decida seguir los mismos lineamientos que en esta -en lo concerniente a la designación de una persona como

coordinadora- correspondería dejar expresamente establecido y detallado cuáles van a ser las tareas que se le van a asignar al coordinador del equipo, ello a fin de evitar eventuales objeciones o discrepancias por parte del resto de los profesionales en detrimento del servicio.

Ahora bien, a continuación procederé a analizar lo indicado por la Auditora Fiscal, Noelia PESSARESI, respecto a la *“Ausencia de encuadre legal que contemple la posibilidad de que la coordinadora facture a la Provincia los servicios prestados por un tercero no contratado”*.

En particular, la adenda al contrato de locación de servicios dispone: ***“SEGUNDA: LAS PARTES acuerdan que LA COORDINADORA, estará facultada para designar a un médico reemplazante toda vez que algunos de LOS CONTRATADOS no pudieran concurrir a prestar el servicio convenido. Dicho profesional deberá contar con matrícula provincial y seguro de responsabilidad civil por mala praxis vigente y/o aquellos seguros que pudieran ser necesarios.***

TERCERA: Conforme a la Cláusula anterior, la prestación profesional podrá ser facturada por el médico reemplazante o por LA COORDINADORA”.

Aquí es dable distinguir, por un lado, el pago que se efectúa al equipo médico en virtud del contrato celebrado, sumado a ello los médicos que se van incorporando eventualmente. Pero distinto es lo que está planteado y autorizado en la adenda registrada bajo el N° 17832 (fs. 492), toda vez que, entiendo podría enmarcarse legalmente bajo la figura de la subcontratación.

En cuanto a su estructura, es dable advertir que esta integrado por dos contratos -el contrato principal y el subcontrato- y tres partes que serían: el



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

subcontratante, parte común a esos dos contratos, el contratante, sólo parte del contrato principal y el subcontratado, parte del subcontrato.

En efecto, lo que sucede es que "(...) el vínculo jurídico contractual original permanece intacto, si bien se crea una relación jurídica nueva, de derecho privado, aunque regulada en parte por el derecho administrativo por cuanto afecta al interés público, entre el contratista y el subcontratista.

No obstante, los subcontratistas quedan obligados sólo ante el contratista principal que asumirá, por lo tanto, la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración con arreglo estricto a los Pliegos y a los términos del contrato. Ello sin perjuicio de que (...) el subcontratista debe ser expresamente aceptado por la Administración (...)

(...) En congruencia con lo antes indicado, y para concluir con este trabajo sobre el tema que tenemos en comentario, se ha dicho que los efectos del subcontrato tienen que ser asumidos frente a la Administración directa y únicamente por el contratista, como actos propios de los que debe responsabilizarse (MOURIÑO, Miguel Ángel y LICO, Miguel A., *La Cesión de los Contratos Administrativos y su Subcontratación*, Sección Doctrina, Publicado en la RAP, Año XXXIII N° 385, pág. 62).

A mayor abundamiento, destacada Doctrina ha indicado: " (...) Por ello el contratante principal queda enteramente responsable con respecto a la Administración, y es responsable respecto de ella, puesto que el subcontratante no tiene, en principio, ninguna relación jurídica con la Administración, ni tampoco tiene acciones directas contra ella. Por eso el pago del contrato deberá ser efectuado al contratante, quien, a su vez, abonará al subcontratista" (DIEZ,

Manuel, *Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1965, pág. 541-542)

A su vez, resulta prudente advertir que esta figura se encuentra contemplada en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1069, definiéndolo de la siguiente manera: *“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”*.

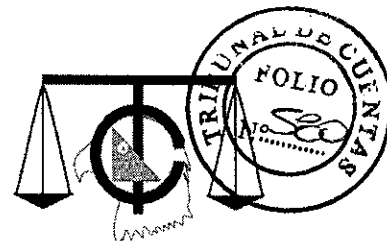
Partiendo de lo expuesto, en el mejor de los casos lo que podría suceder es que el tercero le facture -por sus servicios- a la Dra. IDIGORAS y, que ésta luego, por su parte y como contratada por la Administración, le facture a ésta última por esa contraprestación recibida. Ello, dado que parecería que esta fue la intención del Ministerio, conforme se desprende de la adenda *ut supra* mencionada.

No obstante, sería prudente recomendar a las autoridades del Ministerio de Salud y del Hospital Regional Ushuaia, la revisión del contrato en relación a la incorporación de alguna cláusula que prevea y establezca la responsabilidad solidaria entre el tercero y la coordinadora y al menos una instancia simple en que la autoridad contratante preste conformidad respecto del subcontratado en particular.

Por último, resta analizar lo consultado en relación a la modificación introducida por la adenda registrada bajo el N° 17832, mediante la que se eliminó la intrasferibilidad del contrato *intuito personae*. Así, el contrato original estableció: *“CLÁUSULA SEXTA: INTRANSFERIBILIDAD, el presente contrato es intuito personae, por lo que queda expresamente prohibida su cesión total o*



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

parcial, bajo apercibimiento de resolver el contrato y reclamarlos daños y perjuicios que ello ocasione".

Por su parte, por la adenda registrada bajo el N° 17832, se modificó esta cláusula de la siguiente manera: **"CUARTA:** *En virtud de las modificaciones antes mencionados, **LAS PARTES**, acuerdan que la Cláusula Sexta del referido Contrato de Locación, quedará redactada de la siguiente manera: 'CLAUSULA SEXTA: LA PROVINCIA contrata a LOS PROFESIONALES en relación a su formación acreditada y/o especialidad certificada'".*

De ello se deriva también la voluntad de la Administración de permitir la subcontratación aludida.

Es prudente poner de resalto que, si bien una de las cláusulas del contrato fue modificada, su objeto sigue siendo el mismo: **"LOS CONTRATADOS** *prestarán a LA PROVINCIA los servicios médicos correspondientes a su formación acreditada y/o especialidad certificada a requerimiento del Servicio de Terapia Intensiva y/o la dependencia que las reemplace o se cree en el futuro con idéntico objeto, de manera tal de asegurar diariamente la cobertura asistencial y académica del servicio de Terapia Intensiva Pediátrica"*.

En este sentido, cabe advertir que en virtud de las circunstancias y de la realidad que rodean al contrato -la salud pública y la cobertura asistencial del Servicio de Terapia Intensiva Pediátrica- la Administración es titular de facultades exorbitantes, admitiendo de esta manera que de conformidad con la aplicación del *ius variandi* se modifique el contrato, ello impulsado por razones objetivas y sin alterar el objeto ni el fin del contrato.

AM

Así, en este caso en particular, no puede dejarse de lado el interés público comprometido, siendo que es allí de donde surgiría esta potestad modificatoria.

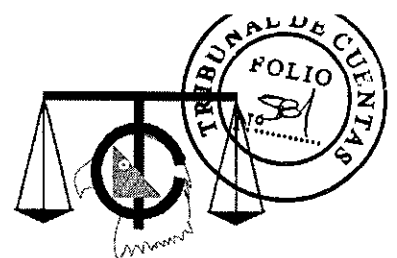
Al respecto, destacada Doctrina ha indicado que: *“En función de este interés público, la Administración puede, por ejemplo, aumentar o disminuir las prestaciones a cargo del contratista, puede modificar el plazo de duración (p. ej., mediante el rescate del servicio público) o modificar las condiciones de su ejecución, debido a que la Administración no puede quedar indefinidamente ligada a contratos cuyas condiciones de ejecución ya no resultan adecuadas para satisfacer el interés general”* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III-A, p. 397).

A mayor abundamiento, se ha indicado que: *“La posibilidad de modificar el contrato tiene límites que no deben ser sobrepasados. Como primera condición para que la Administración pueda ejercer esta prerrogativa, es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique el ejercicio de esta potestad, ya que ésta tiene como finalidad garantizar la satisfacción del interés general que tiene a su cargo la Administración”* (DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, TOMO II, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 526).

Por su parte, la jurisprudencia ha dicho que *“(…) en este marco, el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado, entre las cuales cobra especial relevancia en el sub lite la facultad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público — conocida tradicionalmente como ius variandi— con el único límite de no afectar su sustancia”* (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 14/12/2004, “Ahumada Rosa



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

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Martina v. PEN, ley 25.561 decs. 1570/2001, 214/2002 y 471/2002 s/amparo ley 16.986").

En efecto, entiendo que estas modificaciones del contrato tendrían como finalidad introducir mejoras a fin de que lo proyectado oportunamente al momento de su celebración se adapte a las circunstancias actuales que no pudieron ser previstas en ese momento, logrando de esta manera atender a la satisfacción de necesidades o exigencias sobrevinientes a su celebración y permitir la subcontratación.

En este contexto podría considerarse que la cláusula que establece la intrasferibilidad del contrato *intuito personae* -que fuera posteriormente mutada- no sería pasible de observación, toda vez que lo que se cambió es la manera en la que se prestará el servicio, ello a fin de poder garantizar la cobertura de la Unidad de Terapia Intensiva Pediátrica del Hospital, durante todo el año calendario.

Ello como consecuencia de que -conforme se desprende de las constancias obrantes en el expediente- lo que se estaría buscando es el perfeccionamiento de las relaciones contractuales, con el propósito de definir nuevas pautas de trabajo en función de las necesidades que se van presentando en el ámbito del Hospital.

Finalmente, es dable destacar que el objeto de la contratación no se habría modificado y que los cambios realizados se llevaron adelante a fin de cubrir las contingencias que van surgiendo a lo largo de la contratación pero siempre contemplando tener cubierto el servicio médico, toda vez que, conforme lo establece la Constitución Provincial en su artículo 53 el Estado Provincial tiene  que garantizar el derecho a la salud.

III. CONCLUSIÓN

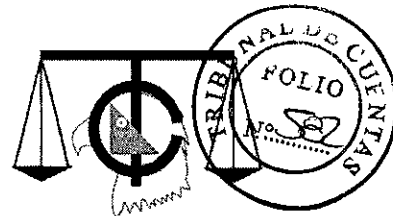
En respuesta a las consultas legales realizadas, considero prudente indicar que puede considerarse la existencia de un mandato entre los profesionales contratados y la Dra. IDIGORAS, conforme los términos del artículo 1319 del Código Civil y Comercial de la Nación y, en todo caso, un sometimiento voluntario de los médicos del equipo o sus facultades de dirección y organización.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, salvo mejor y elevado criterio, considero que correspondería advertir a las autoridades del Ministerio de Salud y del Hospital Regional Ushuaia que en el hipotético caso de que en futuras contrataciones decidan seguir los mismos lineamientos que en esta -en lo concerniente a la designación de una persona como coordinadora- deberán dejar expresamente establecido y detallado cuáles van a ser las tareas que se le van a asignar, ello a fin de evitar posibles objeciones o discrepancias por parte del resto de los profesionales en detrimento del servicio.

Asimismo, en virtud de lo observado respecto a la Cláusula tercera de la adenda efectuada al contrato de locación de servicios registrado bajo el N° 17832 (fs. 492), entiendo que lo que se está planteando y autorizando a través de ella es la subcontratación de otros médicos. En consecuencia, estimo que sería prudente recomendar a las autoridades del Ministerio de Salud y del Hospital Regional Ushuaia, la revisión del contrato en relación a la incorporación de alguna cláusula que prevea y establezca la responsabilidad solidaria entre el tercero y la coordinadora, una instancia de manifestación de conformidad respecto del subcontratado, ello como consecuencia de la inexistencia de un vínculo contractual regularmente celebrado entre los terceros y la Administración.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

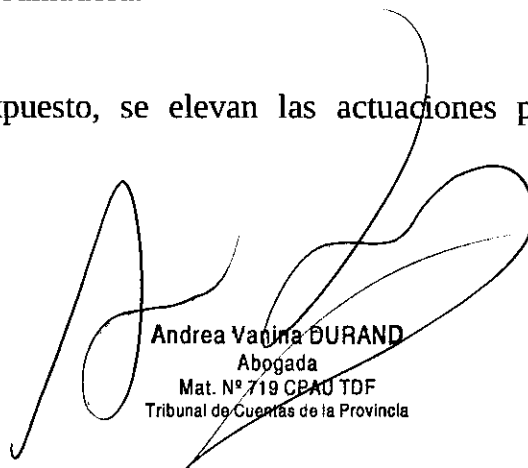


Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Por lo demás, ese subcontratado no puede facturar directamente a la Administración sino a través de la coordinadora.

En virtud de todo lo expuesto, se elevan las actuaciones para la continuidad del trámite.



Andrea Vagina DURAND
Abogada
Mat. N° 719 CPAO TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secreto Confidencial.

Compartió el criterio vertido por
el Dr. Andres Durand en el Tercerome
Legal N° 123/2018 letra FCL-CA y giro
los actuaciones por continuidad del
trámite.


Dr. Sebastian OSADO VIRUELA
Fiscal
Tribuna Penal, Sala IV, Juzgado
30 AGO. 2018