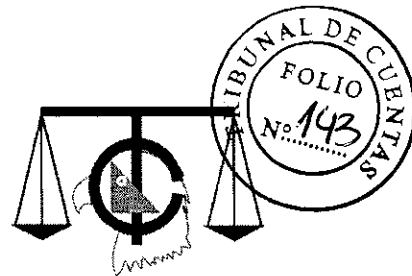




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



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° 162/2018

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

Cde.: Expte. N° 428/2018 LETRA:
DPOSS

Ushuaia, 1 de noviembre de 2018

SR. SECRETARIO LEGAL

DR. SEBASTIAN OSADO VIRUEL

Viene al Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro de la Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego, caratulado: *"S/ CONTRATACIÓN SERVICIO DE ALQUILER DE EQUIPOS DE FOTOCOPIADO, IMPRESIÓN Y DIGITALIZACIÓN FULLSERVICE DESTINADO A ESTA DIRECCIÓN PROVINCIAL POR EL TÉRMINO DE DOS (2) AÑOS"*, a fin de emitir dictamen jurídico.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron con el objeto de efectuar una contratación de alquiler de fotocopadoras para la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios. En virtud de ello por la Resolución DPOSS N° 11511/2018 del 28 de agosto de 2018 se autorizó el gasto y el llamado a Licitación Pública N° 13/2018 y, además, se aprobaron los respectivos pliegos de bases y condiciones generales y particulares.

Posteriormente, de fojas 20 a 22 obra agregada la copia de la publicación de los días 3, 4 y 5 de septiembre de 2018 del llamado a licitación en el Diario Prensa. Esto fue solicitado a través de la Nota N° 1739/2018 Letra: DPOSS (fs. 23).

A continuación, se aduna en copia simple una captura de pantalla correspondiente a la página web del Ente, del que surge la publicación. Por su parte, de fojas 26 a 31 luce copia de la publicación realizada en el Boletín Oficial los días 3, 4 y 5 de septiembre de 2018.

Luego, a fojas 32/33 se observa el acta de apertura de los sobres presentados.

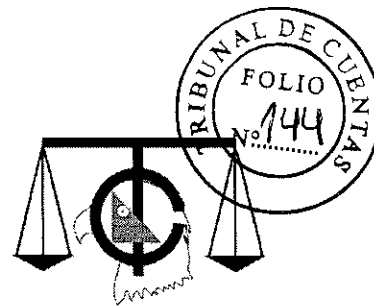
A fojas 99, por Acta de Comisión de Pre-Adjudicación se indicó que: *“(...) a partir del análisis precedente, y en atención a la función de esta comisión, tras la evaluación de las ofertas presentadas, se concluye que desde el punto de vista técnico y económico, la firma Unipersonal del Sr. Aldo MENDEZ se ajusta a lo solicitado según pliego licitatorio (...)”*.

A su turno tomó intervención la Auditoría Interna, que por Informe N° 945/2018 – DPOSS, concluyó que: “V- ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN: *Considerando las limitaciones expuestas en los puntos I y III, y en función al análisis de la documentación detallada en el punto I y lo verificado según punto IV, no surgen observaciones que formular”*.

Así las cosas, por Acta de Constatación N° 020/2018-DPOSS, el auditor fiscal subrogante, C.P. Sebastián ROBELIN, expresó que: IV –



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"

INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL: 1. *Vistas las constancias de publicaciones de la presente contratación, se observa el incumplimiento del art. 34 de la Ley N° 1015 (...)*".

En virtud de ello, la Gerente Gestión de Contrataciones y Obra Pública D.P.O.S.S., Carina VILLARREAL, por Informe N° 494/2018 efectuó un descargo en relación a lo expuesto en el Acta de Constatación *ut supra* citada.

Allí expuso que: "A) *En relación a lo observado por el organismo de contralor externo, respecto del incumplimiento de lo establecido en el Art. 34° de la Ley Provincial 1015 de Contrataciones y su reglamentario Decreto Provincial N° 79/15, informo a Ud. que la suscripta entiende que tal requisito ha sido debidamente cumplimentado en el proceso licitatorio en curso, habiéndose acreditado las 3 publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia, las 3 publicaciones en un medio gráfico y la publicación en la Página Web oficial de la DPOSS*

Así entonces, si bien en el incumplimiento sustancial escrito, no se puntualiza que parte de la publicación no se estaría cumplimentando, me limito a interpretar el siguiente texto de la norma '...licitaciones y concursos públicos, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial y en un diario de circulación masiva en cada ciudad de la Provincia...' Así entonces:

✓ Las publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia han sido efectuadas.

✓ Las publicaciones en la página Web oficial de la DPOSS.

✓ Las publicaciones en un diario de circulación masiva en cada ciudad de la Provincia, han sido efectuadas. Ello, ya que se realizó a través del 'Diario Prensa' el cual es de circulación masiva tanto en la Ciudad de Ushuaia, Tolhuin y Río Grande .

En relación a este último punto, y a los fines de corroborar tal situación, la suscripta mediante Nota N° 2107/2018 (fs. 113/4) ha cursado consulta formal a los titulares del Diario Prensa (PRENSA SRL), respecto de los lugares de distribución dentro de la Provincia, dando su respuesta la Directora del Diario mediante correo electrónico (fs. 117) y describiendo sus servicios. Ello con el objetivo de analizar si las publicaciones efectuadas en el 'Diario Prensa' cumplen con la premisa del artículo 34° de la Ley 1015 (...).

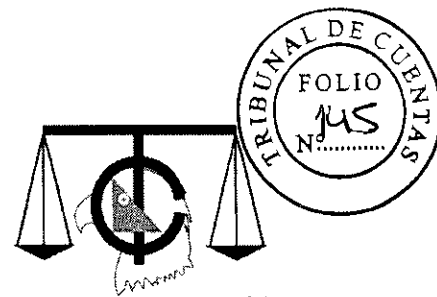
(...) Así también, la Resolución MJG N° 745/17 del pasado año (fs. 115/6), que ha clasificado a los medios según su alcance, detalla al Diario Prensa como un medio gráfico de alcance tanto en Ushuaia como en Río Grande (...).

CONCLUSIÓN:

Por todo lo expuesto, la suscripta entiende que se ha cumplido con el Artículo 34° de la Ley Provincial N° 1015, ya que se desprende que al consignar la norma que se debe publicar en un diario de circulación, masiva en cada ciudad de la Provincia, no significa que deben ser 2 diarios diferentes (uno de cada ciudad), sino que la publicación que se exponga en un diario gráfico llegue o tenga alcance en cada ciudad de la Provincia. Ello, dado que se entiende que el espíritu de la norma es preservar los **Principios de igualdad y de concurrencia**, de manera tal que la difusión de los llamados licitatorios puedan ser conocidos por



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"
*gran parte de la población. Más aún cuando la publicación en un diario que llega a todas las ciudades hemos garantizado los **Principios de Economía, Transparencia, Eficiencia y Eficacia.***

Cabe aclarar que todo lo aquí argumentado, no ha sido expuesto con anterioridad al llamado licitatorio (es decir no ha sido aclarado en ninguna de las actuaciones tramitadas por licitación pública), toda vez que se realizó acorde el procedimiento. Las aclaraciones se realizan en esta instancia, sólo con la finalidad de levantar el incumplimiento sustancial manifestado por el TCP".

Como consecuencia de lo expuesto, por Dictamen A.L. N° 15/2018, el Dr. Pablo M. RUSSO, letrado a cargo de la Asesoría Legal de la D.P.O.S.S., dijo que: *"En razón de las consideraciones vertidas y del juego armónico de los principios y normas reseñadas, esta Asesoría Letrada considera que en el marco de la Licitación Pública N° 13/2018 del registro de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios se ha cumplido, en tiempo y forma, con los requisitos mínimos de publicidad y difusión de la convocatoria, no vulnerándose, en consecuencia, los principios generales de publicidad, concurrencia e igualdad, receptados en el artículo 34 de la ley Provincial N° 1015 y el Decreto Provincial N°79/15".*

En este orden de ideas, por Nota N° 2144/2018 Letra: D.P.O.S.S., suscripta por la Directora Provincial, C.P. Gisela GUASTELLA, dirigida al auditor fiscal subrogante, C.P. Sebastián ROBELIN, se expresó lo siguiente: *"(...) Por lo expuesto, esta Dirección comparte los argumentos vertidos tanto en el Informe N° 494/18 como en el Dictamen AL N° 15/2018, solicitando a ese organismo de contralor tenga a bien levantar o dar por subsanado el 'Incumplimiento*

Sustancial' formulado en el acta de constatación citada en el primer párrafo. Asimismo, resulta necesario contar con la respuesta a la brevedad en virtud de las licitaciones que se encuentran en curso”.

En consecuencia, a través del Informe N° 563/2018 Letra: T.C.P.-D.P.O.S.S, el auditor fiscal subrogante, C.P. Sebastián ROBELIN y el auditor fiscal, C.P.N. Oscar SEGHEZZO, manifestaron que: *“En virtud de lo expuesto y habiéndose analizado la documentación incorporada, se considera que no estaría acreditado el cumplimiento al artículo 34 de la Ley Provincial N° 1015, toda vez que el medio elegido no cumpliría con los requisitos allí expuestos, considerando lo establecido en la Resolución M.J.G. N° 745/2017 del 10/10/17 y su Anexo I (fs. 115/116), por lo que se considera que debe mantenerse el reparo formulado”.*

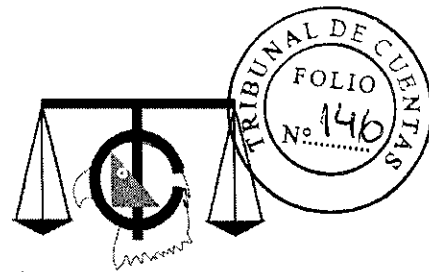
Finalmente, el auditor fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David R. BEHRENS, remite las presentes actuaciones a esta Secretaría Legal a fin de que se proceda a tomar debida intervención en relación al incumplimiento sustancial detectado. Al respecto expresó que: *“Por todo lo expuesto, y considerándose, que de acuerdo a las particularidades de esta contratación, una publicidad limitada y un cumplimiento cuestionable del principio rector de publicidad, se solicita dictamen legal, merituando los incumplimientos a los incisos b) y c) del artículo 3° de la ley 1015 y así como también, meritar la aplicación de lo normado en el artículo 35, de la precitada Ley”.*

II. ANÁLISIS

Preliminarmente, corresponde analizar el cumplimiento por parte de la D.P.O.S.S. del artículo 34 de la Ley provincial N° 1015.



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"

Tal como ya fuera expuesto, por medio del Acta de Constatación TCP N° 20/2018 DPOSS, el Auditor Fiscal Subrogante, C.P. Sebastián ROBELIN, efectuó la siguiente observación: "**IV – INCUMPLIMIENTO SUSTANCIAL: 1.** *Vistas las constancias de publicaciones de la presente contratación, se observa el incumplimiento del art. 34 de la Ley N° 1015 (...)*".

Posteriormente, el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David BEHRENS, consideró que: "*(...) acuerdo a las particularidades de esta contratación, una publicidad limitada y un cumplimiento cuestionable del principio rector de publicidad, se solicita dictamen legal, merituando los incumplimientos a los incisos b) y c) del artículo 3° de la ley 1015 y así como también, merituar la aplicación de lo normado en el artículo 35, de la precitada Ley*".

En consecuencia, resulta oportuno poner de resalto lo establecido por el mentado artículo 34 que indica: "*Publicidad y Difusión. La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial de la Provincia y en un diario de circulación masiva en cada ciudad de la Provincia (...)*".

Los plazos establecidos y los medios de publicidad deben ser considerados como mínimos, pudiendo ampliarse de acuerdo a la complejidad, importancia u otras características de la contratación a juicio de la autoridad competente. Cuando se decida la publicidad en un medio gráfico, éste debe ser de tal entidad que garantice una amplia difusión".

Cabe agregar, que dicho artículo fue reglamentado por el Anexo I del Decreto provincial N° 79/2015.

Seguidamente, es dable traer a colación, lo expresado por la Gerente de Gestión de Contrataciones y Obra Pública de la DPOSS, señora Carina VILLARREAL, a través del Informe N° 494/2018: *“A) En relación a lo observado por el organismo de contralor externo, respecto del incumplimiento de lo establecido en el Art. 34° de la Ley Provincial 1015 de Contrataciones y su reglamentario Decreto Provincial N° 79/15, informo a Ud. que la suscripta entiende que tal requisito ha sido debidamente cumplimentado en el proceso licitatorio en curso, habiéndose acreditado las 3 publicaciones en el Boletín Oficial de la Provincia, las 3 publicaciones en un medio gráfico y la publicación en la Página Web oficial de la DPOSS”.*

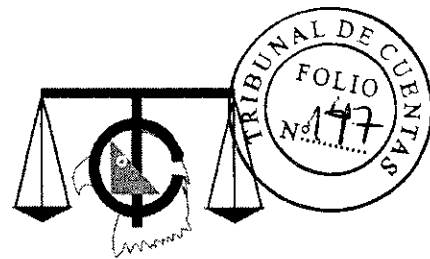
El mentado informe fue compartido por el letrado a cargo de la Asesoría Legal de la D.P.O.S.S., Dr. Pablo Marcelo RUSSO, en el Dictamen A.L. N° 15/2018.

Así las cosas, adentrándonos en el análisis de la consulta, es prudente efectuar las siguientes consideraciones, en torno al principio de publicidad en los procesos de contratación llevados adelante por el Estado.

En primer lugar, este principio viene a garantizar el adecuado y libre conocimiento del llamado a licitación por parte de los eventuales interesados, asegurando la correcta tramitación del procedimiento, por lo que además se encuentra directamente relacionado con los principios de concurrencia y transparencia.



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"

Destacada Doctrina, al referirse a la publicidad ha expresado lo siguiente: *"La importancia de este requisito o principio es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la publicidad es la garantía de que todo se hará correctamente. Para que la oposición o concurrencia tengan lugar, es menester que los posibles licitadores u oferentes adquieran conocimiento del llamado a licitación; si así no fuere, no podrían comparecer haciendo sus ofertas (...) Con el objeto de que los eventuales interesados adquieran conocimiento del llamado a licitación y puedan acudir formulando sus ofertas, el referido llamado debe hacerse público, ostensible, mediante una adecuada publicación. Esto es lo que se denomina publicidad, que es uno de los principios fundamentales que gobiernan la licitación pública"* (MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-A, 4ª edición actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998. Pág. 202).

A mayor abundamiento, Comadira señala que: *"(...) el carácter público del procedimiento licitatorio no sólo permitirá la afluencia de interesados, con lo cual se potenciará la concurrencia y mejorarán las contrataciones del Estado, sino que, además, asegurará la concurrencia del trámite (...) Bien se ha dicho, al respecto, que el principio de publicidad en la licitación pública se traduce en su transparencia y por ende en su equidad e imparcialidad"* (COMADIRA, Julio Rodolfo. *La Licitación Pública. Nociones. Principios. Cuestiones*. 2ª edición actualizada y ampliada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2010. Pags. 109 y 110).

En efecto, de lo expuesto se desprende la importancia que recae sobre este principio, sin perjuicio de que no existe normativa alguna que fije cuáles son los medios por los que deben publicarse las contrataciones que efectúa el Estado.

Tal es así que, la Resolución M.J.G. N° 745/2017, “(...) *fija criterios pautas claras y objetivas que permitan la clasificación de los medios locales en los que han de distribuirse las pautas y contrataciones publicitarias, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto Provincial N° 3106/15, de conformidad con el ordenamiento señalado en el Anexo I(...)*”.

Es decir, trata respecto de la pauta publicitaria y de cómo será distribuida la publicidad oficial, determinando en su Anexo I el alcance de los medios gráficos de la provincia.

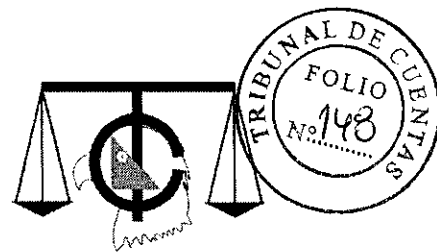
Valga la aclaración que, la publicidad de los procedimientos de contratación que efectúa el Estado se encuentra regulada en la Ley provincial N° 1015 y su Decreto reglamentario N° 79/2015. Allí se dispone cómo debe realizarse la publicidad y difusión y los días que corresponde a cada procedimiento de contratación, pero nada dice respecto del medio en el que debe efectuarse.

Por consiguiente, esta decisión correspondería ser evaluada en el momento en que se lleve a cabo el procedimiento de licitación. De esta manera, entiendo que más allá del medio gráfico que se elija, lo sustancial es que la publicación efectivamente se lleve a cabo.

Si bien, debe considerarse el alcance que tiene el medio elegido en el ámbito donde se desarrollará la contratación, dado que ello es fundamental para asegurar la debida publicidad de la convocatoria, para que sea conocida por la mayor cantidad posible de potenciales interesados, no puede soslayarse que las autoridades de la D.P.O.S.S. podrían haber considerado válidamente que se daba efectivo cumplimiento al requisito de publicación y que revocar el procedimiento devendría en una nulidad por la nulidad misma, máxime la orfandad regulatoria a



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"
efectos de determinar con algún grado de asequibilidad los parámetros de
masividad pretendidos por el legislador.

En relación con ello y a la eventual nulidad objeto de consulta, el artículo 35 de la Ley provincial N° 1015 prevé: *"Revocación de los Actos Administrativos del Procedimiento de Contratación. La comprobación de que en un llamado a contratación se hayan omitido los requisitos de publicidad y difusión previa, en los casos en que la norma lo exija, o formulado especificaciones o incluido cláusulas cuyo cumplimiento sólo fuera, factible por determinado interesado u oferente, de manera que el mismo esté dirigido a favorecer situaciones particulares, dará lugar a la revocación inmediata del procedimiento, cualquiera fuere el estado de trámite en que se encuentre, y a la iniciación de las actuaciones sumariales pertinentes"*.

Corresponde tener presente que en materia de nulidades procedimentales, este Tribunal de Cuentas se expidió a través de la Resolución Plenaria N° 254/2013, señalando que: *"(...) de acuerdo con los principios de todo procedimiento, las nulidades procesales son de interpretación restrictiva por la cual debe primar el mantenimiento de los actos que se acusan de todo ello en la medida que - su mantenimiento no conlleve violación de normas constitucionales o este expresamente establecida dicha consecuencia por alguna norma —tema que abordaré más adelante- requiriéndose para su declaración la invocación y consecuente demostración de un perjuicio concreto y no un simple interés formal del cumplimiento de la ley"*.

La nulidad, al ser la sanción más severa de los actos procedimentales,
debe nacer de una previsión normativa expresa. Entonces, debería considerarse que

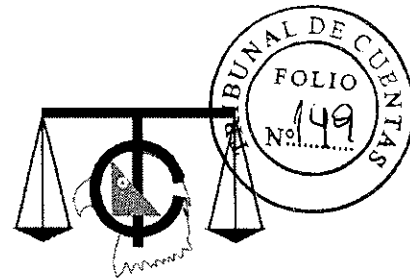
artículo 34 de la Ley provincial N° 1015, respecto de cuyo incumplimiento el artículo 35 prevé la nulidad, se refiere a la falta de publicación en los medios gráficos y a la cantidad de días por los que deberán llevarse a cabo las publicaciones, delegando ello en la reglamentación, no obstante ésta nada dice respecto a cuáles son los medios gráficos que deben ser elegidos para realizarse la publicación, ni establece parámetros para evaluar la *masividad* de su difusión.

En esta línea interpretativa, la Doctrina coincide al sostener que no debe pronunciarse la nulidad por la nulidad misma. Así, la Oficina Nacional de Contrataciones expresa que: *“(...) en atención al principio de razonabilidad y eficiencia contemplado en el artículo 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 se suprimió la publicación en diarios, como requisito obligatorio de difusión, para las etapas correspondientes a circulares, dictámenes de evaluación, preselección en los procedimientos de etapa múltiple y actos administrativos de adjudicación y de finalización del procedimiento.*

En esa inteligencia, la alternativa de nulificar un procedimiento licitatorio de notoria trascendencia institucional, como la que subyace en el presente, por la inobservancia de ciertas pautas de difusión que, incluso, la más importante de ellas al día de la fecha ha perdido vigencia, no sólo constituiría un excesivo rigorismo formal, sino que a la vez significaría desconocer la pacífica e inveterada doctrina legal emanada de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en orden a que las nulidades deben analizarse de modo restrictivo y prefiriendo –en principio– la validez y subsistencia del acto atacado (v. en sentido concordante Dictámenes PTN 278:239, entre muchos otros), especialmente cuando no se advierte agravio particular o afectación directa del interés público comprometido ni conculcación de los principios cardinales de las contrataciones públicas” (DICTAMEN ONC N° 403/2014).



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 esta manera, entiendo que la licitación fue debidamente publicada en el Boletín Oficial, en un diario de circulación masiva -Diario Prensa- y en la página web de la D.P.O.S.S., por lo que se habría dado cumplimiento a lo establecido por la norma.

Frente a esta circunstancia, considerar el incumplimiento de la publicación en virtud del diario elegido, implicaría caer en un excesivo rigorismo formal, obstaculizando infundadamente el cumplimiento eficaz y eficiente de los fines de la licitación objeto de las presentes actuaciones.

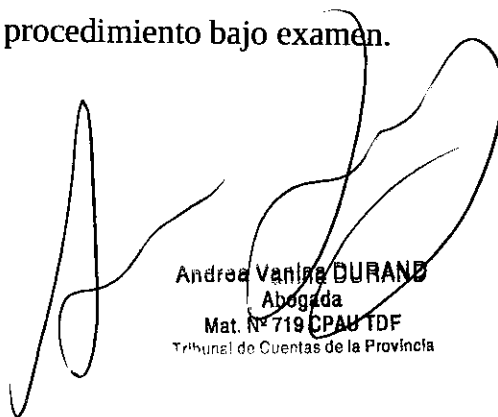
En base al análisis desarrollado considero que no hay reparos jurídicos que objetar en relación al cumplimiento del artículo 34 de la Ley provincial N° 1015, más aun cuando -como en este caso- no se encuentran en juego intereses de orden público, ni se vislumbraría -actualmente- un perjuicio fiscal.

Por último, toda vez que podría existir un vacío legal en relación a cuáles son los medios que deberán ser considerados de difusión masiva en la Provincia, entiendo que correspondería que la Secretaría de Contrataciones lo determine o brinde los parámetros para determinar el carácter de masividad razonable, con el objeto de que a futuro no vuelvan a plantearse situaciones como la aquí expuesta.

III. CONCLUSIÓN

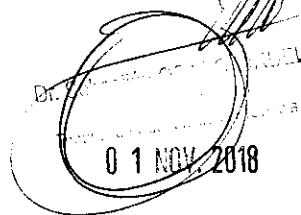
Sin perjuicio de que por razones de buen orden administrativo -salvo mejor y elevado criterio- correspondería recomendar a las autoridades de la

D.P.O.S.S. que para futuras contrataciones las publicaciones se realicen en medios de amplio alcance y difusión en toda la Provincia, en pos de los principios rectores de las contrataciones contenidos en el artículo 3° de la Ley provincial N° 1015, de los antecedentes relatados, cabría concluir que la forma en que el Ente ha entendido que daba cumplimiento a las exigencias de publicidad y difusión previstas en la normativa vigente aplicable a la contratación, no ameritan en este caso entenderlos como nulificantes del procedimiento bajo examen.



Andrea Vanina DURAND
Abogada
Mat. N° 719 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

*Se critico lo anterior.
Comporto el criterio porido
por la Dra Andrea Durand en el Informe
legal que precede a que no es el tuociones
pero continuidad del tramite.*



01 NOV 2018