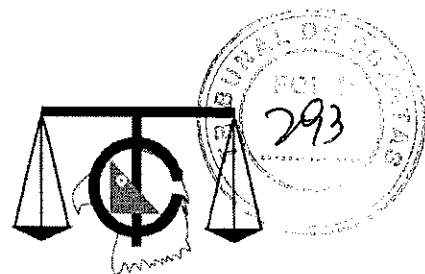




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



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° 173 /2018

Letra: T.C.P. - S.L.

Cde.: Expte. N° 1837, Letra ED año 2018

Ushuaia, 7 de diciembre de 2018

SECRETARÍA CONTABLE

Viene al Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro de la Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego, caratulado *"S/ADQUISICIÓN DE PROYECTORES Y NETBOOKS DESTINADOS A ESTABLECIMIENTOS EDUCATIVOS DE LA PROVINCIA PERTENECIENTES AL M.ED."*, a fin de que se emita opinión legal respecto de la duda jurídica planteada por la Auditora Fiscal interviniente, C.P. Paula PARDO, mediante el Informe Contable N.º 617/2018, Letra T.C.P. - P.E.

ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron con el objeto de efectuar la adquisición de quinientas seis (506) Desktop; ciento ochenta (180) notebooks, dos (2) CPU técnicas y diez (10) cañones proyectores para equipar los establecimientos educativos de la provincia.

Concretamente, la consulta se refiere a la publicidad y difusión del llamado original y de una circular aclaratoria emitida con posterioridad, en orden



a lo previsto por los artículos 34 y 35 de la Ley provincial N.º 1015 y el Decreto provincial N.º 79/2016.

La duda que motiva el presente examen, se funda en que el llamado original fue difundido en el sitio Web TDF Compras (fs. 85) y se publicó en el Boletín Oficial y en los diarios El Sureño y el Diario del Fin del Mundo, mientras que luego, se emitió una circular aclaratoria que modificó la cláusula 2º del Pliego de Bases y Condiciones, se comunicó a los diversos proveedores interesados; se difundió en el mismo sitio Web y se publicó en el Boletín Oficial de la provincia, en los Diarios Prensa y El Sureño.

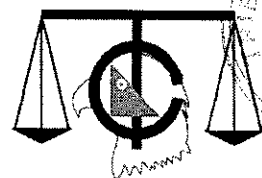
Se efectuó una observación en el marco del Control Preventivo, en el sentido de que: *“Se observa el incumplimiento de la Cláusula 6º del PByC que forma parte del Anexo I de la Resolución M.ED. N.º 1304/18, en virtud de haber publicado la Circular Modificatoria N.º 01 en medios de comunicación distintos a los utilizados en la difusión del llamado a Licitación Pública N.º 18/18”*.

Seguidamente, la señora Subsecretaria de Gestión Administrativa y Financiera de la Secretaría de Medios, Dra. Verónica MAESTRO, efectuó su descargo expresando que: *“En virtud a ello, desde esta Secretaría se entiende que al indicar ‘en los mismos medios’ se refiere a los mismos medios de comunicación, es decir; medios gráficos, radiales, televisivos y digitales, atento lo cual se publicó en dos (2) medios gráficos, conforme lo solicitado”*.

En función de tales antecedentes, la Auditora Fiscal actuante, formuló la consulta bajo análisis, por entender que de la Resolución M.J.G. N.º 745/17, que fija criterios, pautas y objetivos para la clasificación de los medios locales, se vislumbra una distinción entre ambos medios empleados y que, mientras 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"

Diario del Fin del Mundo posee un alcance de entre el 25% y el 50%, el Diario Prensa lo tiene entre el 0 y el 25%.

Por otra parte, señala que la Resolución Contaduría General N.º 04/15, en su Anexo I, Punto 4, Inciso c) establece que *"Las modificaciones que requiera el pliego de bases y condiciones aprobado, o la prórroga de las fechas de recepción y apertura de ofertas, que se aprobarán mediante acto administrativo suscripto por el funcionario que autorizó el llamado y deberá publicarse y difundirse en los mismos términos que el llamado inicial"*.

Concluye el citado Informe Contable diciendo: *"Atento a todo lo expuesto precedentemente (...) se expida respecto de la interpretación dada por la Abogada 'en los mismos medios' dado que si bien se publica en medios gráficos tanto el llamado original como la circular modificatoria son de diferente alcance, según consta en la resolución M.J.G. N.º 745/17, afectándose a mi entender el principio de igualdad y concurrencia de oferentes"*.

ANÁLISIS

De manera preliminar, corresponde precisar que decir *"los mismos medios"*, mientras como se citó textualmente, la Resolución de Contaduría General N.º 04/15 exige que las modificaciones o prórrogas a los pliegos se publiquen o difundan *"en los mismos términos"*, presentan alcances ostensiblemente diversos.

También 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”.

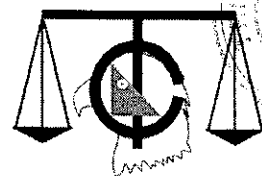
Cabe agregar, que dicho artículo fue reglamentado por el Anexo I del Decreto provincial N° 79/2015.

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

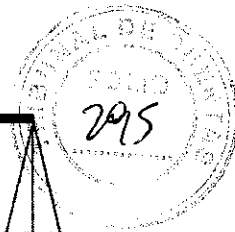
Tal como ya opinó esta Secretaría Legal a través del Informe Legal N.º 162/2018, Letra: T.C.P. - C.A., emitido en el marco del expediente del Registro de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios N° 428/2018 LETRA: DPOSS caratulado: “S/ CONTRATACIÓN SERVICIO DE ALQUILER DE EQUIPOS DE FOTOCOPIADO, IMPRESIÓN Y DIGITALIZACIÓN FULLSERVICE DESTINADO A ESTA DIRECCIÓN PROVINCIAL POR EL TÉRMINO DE DOS (2) AÑOS”, el citado 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.

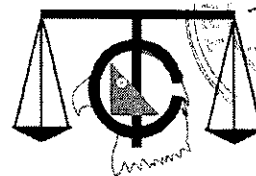
Como se dijo, en la Ley provincial N° 1015 y su Decreto reglamentario N° 79/2015, se dispone cómo debe realizarse la publicidad y difusión y los días que corresponde a cada procedimiento de contratación, pero nada dice respecto del medio en el que debe efectuarse.

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



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"

autoridades intervinientes en la especie, podrían haber considerado válidamente que se daba cumplimiento razonable al requisito de publicación. Por lo tanto, entender que se configura un supuesto de revocación del procedimiento, devendría en una nulidad por la nulidad misma, máxime la orfandad regulatoria a efectos de determinar con algún grado de asequibilidad los parámetros de masividad pretendidos por el legislador.

En relación con ello, 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".



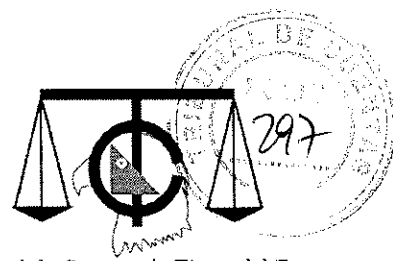
La nulidad, al ser la sanción más severa de los actos procedimentales, debe nacer de una previsión normativa expresa. Entonces, debería considerarse que el artículo 34 de la Ley provincial N° 1015, respecto de cuyo incumplimiento el artículo 35 prevé la nulidad, se refiere a la falta de publicación en los medios gráficos y a la cantidad de días por los que deberán llevarse a cabo las publicaciones, máxime que como se dijo, la reglamentación 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



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"

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).

Bajo tales preceptos y frente a las circunstancias del caso, 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.

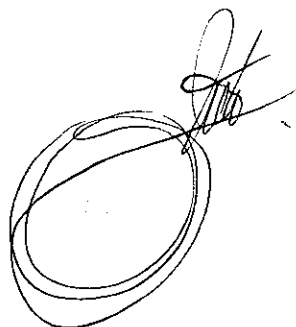
Por último, toda vez que podría existir un vacío legal en relación a cuáles son los medios que deberán ser considerados de difusión masiva en la Provincia, entiendo que correspondería que la Secretaría de Contrataciones lo determine o brinde los parámetros para determinar el carácter de masividad razonable,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

CONCLUSIÓN

Sin perjuicio de que por razones de buen orden administrativo, correspondería recomendar que para futuras contrataciones las publicaciones se realicen en medios del más amplio alcance y difusión en toda la provincia, en pos de ejercer la mejor salvaguarda posible 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 la Administración ha entendido que daba cumplimiento a las exigencias de publicidad y difusión previstas en la normativa vigente aplicable a la contratación puede juzgarse



razonable y no ameritan en este caso entenderlos como nulificantes del procedimiento bajo examen.

A handwritten signature in black ink, consisting of a stylized 'S' followed by a horizontal line, is positioned above a circular stamp. The stamp is also in black ink and appears to be a seal or official mark.