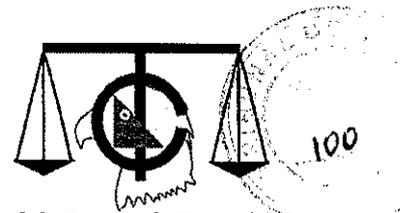




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida  
e Islas del Atlántico Sur  
República Argentina



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Informe Legal N° 36/2019

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

Cde.: Expte. TM N° 17166/2018,  
Expte. TM N° 17165/2018, Expte.  
TM 16685/2018, Expte. TM.  
16683/2018 y Expte. TM 16682/2018.

Ushuaia, 15 de marzo de 2019

**SEÑOR SECRETARIO LEGAL  
DR. SEBASTIÁN OSADO VIRUEL**

Vienen al Cuerpo de Abogados los expedientes del corresponde, pertenecientes al registro de la Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego, caratulados: *"S/ OPERADOR DE PC INTERMEDIO"*, *"S/ CURSO DE AUXILIAR SOLDADOR II"*, *"S/ CURSOS AYUDANTE DE PANADERÍA Y PASTELERÍA NIVEL I Y II"*, *"S/ CURSO DE MAQUILLAJE SOCIAL"* y *"S/CURSO DE PESTAÑAS Y CEJAS"* respectivamente, a fin de dar respuesta a la consulta legal efectuada mediante el Informe Contable N° 69/2019, Letra: TCP- P.E., procediéndose a su análisis en forma conjunta en función de la conexidad de su objeto.

### **ANTECEDENTES**

Las actuaciones se iniciaron con el objeto de llevar adelante la contratación de cinco (5) personas físicas que tendrían a su cargo el desarrollo de

cursos de capacitación en el marco del programa previsto por el Decreto provincial N° 804/2012, cuyo artículo 1° reza:

*“Instituir el 'Programa de Capacitación y Empleo en Organizaciones No Gubernamentales y Otros', el que se desarrollará en todo el ámbito de la Provincia, destinado a la capacitación y entrenamiento laboral de los que resulten beneficiarios del programa, a quienes podrá brindársele el pago de ayudas económicas por los motivos expuestos en los considerandos”.*

A su vez, mediante el artículo 3° se previó: *“Autorizar la designación de capacitadores en oficios y/o disciplinas de diversas índoles, en el marco de lo dispuesto en el Anexo II que forma parte integrante del presente”.*

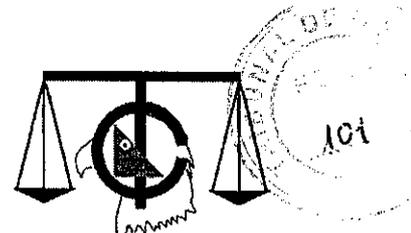
Por su parte, el artículo 5° estableció: *“Designar como autoridad de aplicación, y responsable de la administración y ejecución del programa creado por el presente, al Ministerio de Trabajo, quien a través de los actos administrativos, suscriptos por su máxima autoridad, determinará el instructivo pertinente para la implementación del mismo”.*

Asimismo, en el Anexo II se dispuso que: *“El Ministerio de Trabajo determinará mediante el acto administrativo que corresponda, la contratación de los capacitadores y podrá esclarecer requisitos que no se encuentren enumerados en el presente Anexo y que, por motivos que indicará oportunamente, considere necesario incluirlos”.*

Las contrataciones se realizaron bajo el procedimiento previsto por el inciso k) del artículo 18 de la Ley provincial N° 1015, reglamentado por el Decreto provincial N° 2640/2018, que habilita la contratación directa en los supuestos de



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

locaciones de servicios de personas físicas. En particular, se utilizó el mecanismo de adjudicación simple estipulado por la reglamentación.

En todos los casos, se realizó la respectiva nota de pedido autorizada por la Titular del Poder Ejecutivo provincial, reserva de crédito y autorización del llamado a la compra directa suscripta por la Directora General de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo.

Luego, se pronunció la Auditoría Interna que en los expedientes N° 17166/2018 y N° 16683/2018 no encontró reparos a la continuidad del trámite, mientras que en los expedientes N° 17165/2018, N° 16682/2018 y N° 16685/2018 formuló observaciones que fueron oportunamente salvadas.

En consecuencia, el Secretario de Trabajo de la cartera ministerial aprobó los procedimientos y adjudicó las contrataciones a las personas físicas propuestas. Del mismo modo, suscribió los contratos en representación de la Administración Pública Provincial.

Con excepción del instrumento obrante en el expediente N° 16682/2018, que se suscribió el 2 de noviembre de 2018, los restantes convenios se celebraron el 29 de octubre de 2018. En todos los casos, se estableció el plazo de duración de los cursos de capacitación entre el 1 de octubre y el 30 de noviembre de 2018.

Seguidamente, se elevaron las actuaciones a la Gobernadora de la Provincia, junto a un proyecto de Decreto ratificadorio de cada contrato, quien con anterioridad a emitir los actos, resolvió enviar los actuados a este Tribunal de

Cuentas para que intervenga en los términos del artículo 32 de la Ley provincial N° 50.

Entonces, tomó intervención la Auditora Fiscal, C.P. María Paula PARDO, mediante el Informe Contable N° 69/2019, Letra: T.C.P.- P.E. en el que manifestó: *“Por medio del presente, me dirijo a Ud., a fin de solicitar la remisión de las actuaciones a consulta legal, en el marco de lo previsto por la Resolución Plenaria N° 122/2018, Anexo I, Punto 1, Apartado 1.2.*

*(...) En virtud de lo expuesto anteriormente, se solicita que por su intermedio se de intervención a la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas a fin de que se expida en relación a la eficacia, validez y efectos jurídicos de un contrato firmado extemporáneamente, transcurrido prácticamente la mitad del período al que se refiere, como así también respecto del acto administrativo de aprobación del procedimiento y adjudicación suscripto por el Secretario de Trabajo”.*

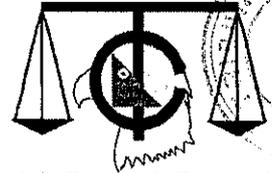
## **ANÁLISIS**

De acuerdo a los términos de los convenios celebrados, las personas físicas contratadas para la el desarrollo de los cursos de capacitación habrían prestado servicios con anterioridad a la firma de los instrumentos.

Al respecto, cabe decir que la Constitución Provincial en su artículo 74 expresamente establece que: *“Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”.*



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Los procedimientos de selección están destinados a transparentar las contrataciones que realiza el Estado, en un marco que permita corroborar la conveniencia de la oferta de los proveedores que resulten adjudicatarios.

En tal sentido, con excepción de los supuestos contemplados por el artículo 108 de la Ley provincial N° 141, el contrato administrativo no puede tener efectos retroactivos sobre prestaciones ya ejecutadas, toda vez que ello equivaldría a burlar los procedimientos de selección, cuya posterior tramitación implicaría una mera formalidad.

En cuanto al incumplimiento de las formalidades exigibles en los contratos públicos, la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es sumamente estricta, al sostener que:

*"(...) las quejas referentes a la omisión de formas esenciales para la celebración del contrato conducen a dilucidar la existencia de éste. En tal sentido, es menester recordar que este Tribunal ha sostenido reiteradamente que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (Fallos: 308:618; 316:382; causa M.265.XXXIII "Más Consultores Empresas Sociedad Anónima c/ Santiago del Estero, Provincia de - Ministerio de Economía s/ cobro de pesos", sentencia del 1° de junio de 2000).*

*(...) 8°) Que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para*

su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.

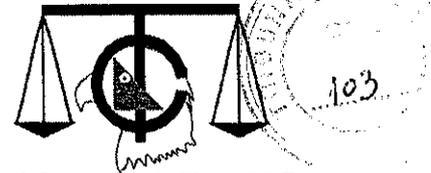
*Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (conf. arts. 975 y 1191 del Código Civil y causa M.265.XXXIII, cit.).*

9º) *Que, en consecuencia, los agravios de la apelante deben ser acogidos pues no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación (causa M.265.XXXIII, cit.)* (C.S.J.N. "Recurso de hecho deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en la causa Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires". Sentencia del 5 de diciembre de 2000).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha dicho que: *"No se trata, en consecuencia, de contrastar eficiencia con juridicidad, se trata de que ambos extremos deben estar presentes. Y si lo primero constituye una legítima aspiración de quienes ostentan la augusta misión de administrar y gestionar un patrimonio ajeno, lo segundo implica el proceso o camino que ha sido fijado para que tal meta pueda ser alcanzada. Priorizando solo la eficiencia se corre el riesgo de frustrar para el futuro el contexto de seguridad que toda Política de Estado debe tener y maximizar el método en soledad, importaría vaciar de contenido la norma prevista para encauzar la voluntad estatal"* (S.T.J. "Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar". Sentencia del 16 de diciembre de 2009).



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Consecuentemente, puede afirmarse que el gobierno provincial no mantuvo obligación contractual alguna con los proveedores durante el período comprendido entre el momento fijado para el inicio de las prestaciones y la firma de los convenios.

En tales supuestos de ausencia de vínculo contractual, de conformidad con la Doctrina sentada por este Tribunal de Cuentas en las Resoluciones Plenarias N° 103/2015 y N° 163/2015, entre otras, una vez certificada la contraprestación por el particular, deberá abonarse el servicio prestado a favor de la Administración, al amparo de la teoría del enriquecimiento sin causa.

En cuanto al monto que debe abonarse por aplicación de dicho instituto jurídico, el Máximo Órgano Asesor de la Nación ha explicado que: *"Si un contrato administrativo es declarado nulo de nulidad absoluta, a los efectos del pago, pueden aplicarse los principios del enriquecimiento sin causa. En este marco el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por lo tanto sometido siempre al límite menor. Previo a disponerse el pago de suma alguna la firma proveedora deberá probar la medida del empobrecimiento como condición de existencia del derecho a repetir"* (Dictámenes 238: 9).

Sentado ello, cabría en esta instancia adelantar que por las características de las prestaciones que se habrían brindado en los casos bajo análisis, no resultaría posible la prueba de la estructura de costos del proveedor a fin de identificar su ganancia, por lo que en el supuesto de acreditarse la efectiva prestación del servicio, correspondería abonar la totalidad del precio fijado en los  contratos.

En efecto, los servicios prestados por los contratistas para el desarrollo de los cursos de capacitación son netamente personales y no tienen asociados mayores costos que el precio del tiempo y el conocimiento que ponen a disposición de los beneficiarios del programa.

Así, de acuerdo con los criterios delineados por la Procuración del Tesoro de la Nación, en estos casos la medida del enriquecimiento de la Administración sería equivalente al empobrecimiento padecido por los proveedores, por lo que sería procedente el pago total del precio pactado.

En cuanto a la competencia del Secretario de Trabajo para dictar los actos de adjudicación y suscribir los contratos, corresponde dejar sentado en primer lugar que los procedimientos llevados a cabo en los expedientes de referencia se sujetaron a las previsiones del inciso k) artículo 18 de la Ley provincial N° 1015 y su decreto reglamentario N° 2640/2018, que regulan la contratación directa en casos de locación de servicios de personas físicas.

Al respecto, debe aclararse que las disposiciones del Decreto provincial N° 3484/2017, en cuanto delegan facultades en distintas autoridades para el desarrollo de procedimientos de selección de contratistas, solo reglamentan el supuesto de contratación directa en razón del monto de la operación, por lo que no resultan aplicables al contemplado por el inciso k) del artículo 18 de la Ley de contrataciones.

Por su parte, el Decreto provincial N° 2640/2018 no contiene ninguna norma referida a la delegación de competencia para el trámite de los procedimientos.



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Sin embargo, el Decreto provincial N° 804/2012 mediante el artículo 3° autoriza la designación de capacitadores, siendo el Ministerio de Trabajo la autoridad de aplicación y responsable de la administración y ejecución del programa creado, según lo estipulado en su artículo 5°.

La Ley provincial N° 141 de Procedimiento Administrativo en su artículo 3° declara que la competencia es improrrogable e irrenunciable, con excepción de aquellos casos en los que proceda la delegación o avocación.

Así, la delegación deviene en una técnica de transferencia parcial del ejercicio de la competencia, como excepción al principio general de improrrogabilidad. Como tal, su interpretación debe ser restrictiva y debe surgir expresamente de la norma.

En consecuencia, ante la vaguedad de los términos del Decreto provincial N° 804/2012, entiendo que no puede considerarse delegada la competencia del Titular del Poder Ejecutivo reconocida por el inciso 1) del artículo 135 de la Constitución Provincial, para representar a la Provincia en los contratos suscriptos con los capacitadores.

Por ende, los instrumentos celebrados por el Secretario de Trabajo deben considerarse viciados en la competencia por razón del grado; lo que resulta susceptible de subsanación por medio de la ratificación, según los términos del artículo 115 de la Ley provincial N° 141.

En cuanto a los actos de aprobación del procedimiento y adjudicación, aun cuando pudiera considerarse delegada la facultad para su dictado en base a lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto provincial N° 804/2012, dicha autorización

se habría concedido al Ministro de Trabajo, no estando prevista la habilitación para subdelegar la potestad.

Por ello, los actos en cuestión también se encontrarían viciados en el elemento competencia por razón del grado, resultando aplicable lo expuesto anteriormente en cuanto a la posibilidad de ratificación por parte de la Titular del Poder Ejecutivo.

A propósito de lo anterior, la Procuración del Tesoro de la Nación explicó: *“La ratificación, es el acto por el cual la autoridad competente reconoce como propios los actos realizados por otra autoridad que no era competente para dictarlos, no es un acto constitutivo, sino declarativo de derechos, tiene efectos retroactivos, es decir que sus consecuencias se proyectan hacia el pasado hasta la fecha de emisión del acto objeto de ratificación (v. LPA, art. 19, último párrafo) (Dictámenes 237:519; 238:327 y 553 y 241:184).*

*El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, ese vicio es eliminado por la ratificación.*

*En tal sentido, la ratificación mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, es decir, que los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro” (Dictámenes 246:118).*

En este punto, cabe hacer alusión a la etapa de control en la que se encuentran las presentes actuaciones. Así, en todos los actuados los contratos han sido celebrados, sin haberse dictado aún el acto ratificatorio.



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Por otra parte, la Gobernadora de la Provincia ha manifestado expresamente que las actuaciones fueron remitidas a este Tribunal de Cuentas para su intervención en los términos del artículo 32 de la Ley provincial N° 50 y sus modificatorias, que reza:

*“El control preventivo de los actos, omisiones o cuentas, se realizará por el método de auditoría que establezca el Tribunal, el que de ninguna manera podrá obstaculizar o demorar el desarrollo de las funciones del órgano controlado. El control preventivo será obligatorio, toda vez que lo requiera el Poder Ejecutivo provincial o el ente sujeto a control. La inexistencia de control preventivo con observación, obsta a su posterior intervención por el Tribunal de Cuentas”.*

No obstante, la Resolución Plenaria N° 12/2019 sobre Planificación Estratégica de control de la Secretaría Contable indicó que: *“a) En la instancia de control preventivo, se prevé, de la misma manera que se realizó durante el ejercicio 2018, intervenir exclusivamente aquellos expedientes que tramiten gastos bajo la modalidad de contratación de "Licitación Pública" y/o "Licitación Privada" que se encuentren en su etapa previa a la adjudicación. También aquellas contrataciones directas que deriven de licitaciones fracasadas y toda otra tramitación que por su envergadura, en cuanto al monto involucrado, lo amerite. b) Asimismo, respetando el criterio establecido oportunamente en las Resoluciones Plenarias N° 09/2016 y N° 18/18, las actuaciones serán intervenidas una única vez, previo a la adjudicación o firma del contrato o materialización de la orden de compra, salvo que el Auditor Fiscal considere necesario en algún caso muy significativo solicitarlo nuevamente y en aquellos casos que se detecten observaciones, los que se deberán remitir nuevamente a la delegación de control, a fin de merituar el descargo”.*

En torno a este tema, la Secretaría Legal ya se ha manifestado en relación a la pautas de control del año 2018 a través del Informe Legal N° 128/2018, Letra: T.C.P.- C.A., en el que se explicó que:

*“(...) en este caso resulta aplicable el principio de jerarquía normativa previsto en el artículo 31 de la Constitución Nacional y por ende, la Resolución Plenaria N° 18/2018 no podría ir a contramano de la obligatoriedad del control preventivo estipulado en el artículo 32 de la Ley provincial N° 50.*

*Ello, en razón de que el orden de prelación implica que las normas de rango inferior deben subordinarse a las de rango superior y, en caso de conflicto entre ambas, prevalece la de rango superior.*

*En fin, resulta obligatoria la intervención preventiva del Tribunal de Cuentas en las presentes actuaciones, toda vez que dicho control ha sido requerido por la señora Gobernadora de la Provincia (...).”*

## **CONCLUSIÓN**

En base a las consideraciones vertidas, cabría responder las consultas de la Auditora Fiscal afirmando, en primer término, que los actos dictados por el Secretario de Trabajo se encuentran viciados en el elemento competencia en razón del grado.

Dicho apartamiento es subsanable por vía de la ratificación. Por ello, correspondería efectuar la pertinente observación formal en el marco del control preventivo, de acuerdo con los términos de la Resolución Plenaria N° 103/2015, entre otras.



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Una vez ratificados los contratos, los efectos se retrotraerán al momento de la firma de los convenios. Por ende, la inexistencia de contrato en los períodos de prestación anteriores a la celebración de los instrumentos, configuran un apartamiento normativo insalvable.

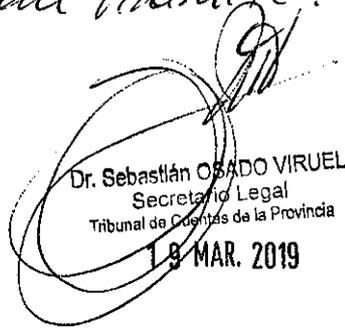
Sin embargo, según los términos de la Resolución Plenaria N° 103/2015, en caso de certificarse la contraprestación por el particular durante dicho plazo, deberá abonarse el servicio prestado a favor de la Administración, por reconocimiento de gastos o servicios al amparo de la teoría del enriquecimiento sin causa, independientemente de hacer saber al Ministro que la figura del reconocimiento de gastos no es regular y que configura una conducta pasible de sanciones por parte del Tribunal de Cuentas (conforme lo expuesto en los Acuerdos Plenarios N° 2354 y 2370 entre muchos otros) por cuanto se recomienda evitar su utilización.

En virtud de las consideraciones vertidas, elevo a usted las actuaciones para la prosecución del trámite.

  
Christian ANDERSEN  
ABOGADO  
Mat. N° 759 CPAU TDF  
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secretaría Contable

Composo el criterio vertido por el Dr. Christian Andersen en el Informe legal precedente y giro las actuaciones para continuidad del trámite.

  
Dr. Sebastián OSADO VIRUEL  
Secretario Legal  
Tribunal de Cuentas de la Provincia  
19 MAR. 2019

Secretaría Contable  
Tribunal de Cuentas de la Provincia  
19 MAR 2019  
RECIBIO Flavia Saavedra  
Asistente

09:30hs