



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



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

Informe Legal N° 208 /2019

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

Cde. Expte. N° 128/2019

Letra DPE-E

Ushuaia, 7 de noviembre de 2019

SEÑOR SECRETARIO LEGAL A/C

Dr. Pablo E. GENNARO

Vienen las actuaciones del corresponde, caratuladas "S/CONVENIO DE COOPERACIÓN D.P.E. JUAN ANTONIO MASCIOTRA- SUMINISTRO EN RUTA 3 KM 3000- CABECERA DEL LAGO ESCONDIDO", con el objeto de emitir opinión jurídica en relación a la solicitud efectuada por el Sr. Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable, C.P. Rafael CHORÉN en la Nota Interna N° 2316/19 Letra: T.C.P.-S.C.

En concreto lo que se consulta, conforme lo indicado en la mentada nota, consiste en: "(...) Ante los hechos expuestos, se remiten las actuaciones solicitando la intervención de esa Secretaría Legal a fin de analizar la validez y eficacia del Contrato de Suministro incorporado a fs. 1 y 2 teniendo en cuenta que no se ha dado estricto cumplimiento a las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimiento de la contratación (...)".



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

A los fines de evacuar la consulta realizada cabe efectuar una reseña de los antecedentes que obran en las actuaciones a partir del contrato precedentemente detallado, y de todos aquellos que permitan un análisis adecuado de la cuestión.

ANTECEDENTES

En efecto, a fs. 1 y 2 se agrega un “CONTRATO DE SUMINISTRO” celebrado entre el Presidente de la DPE, Alejandro LEDESMA y el Sr. Juan Antonio MASCIOTRA, en su carácter de titular del generador objeto del contrato, registrado bajo el N° 167 el 22/02/19.

Como cuestión preliminar se aclara en el contrato “Que en el sector correspondiente a la cabecera del Lago Escondido, de jurisdicción de la DPE, resulta necesario ejecutar obras eléctricas de generación para abastecer del servicio público de energía. Actualmente en esa zona existen dependencias Provincial y Nacionales y algunas familias particulares residiendo en forma permanente. La DPE por cuestiones de política presupuestaria no puede efectuar estas obras eléctricas en el corto plazo, pero sí dar una solución alternativa provisoria para abastecer del servicio de energía que resulte necesario, por ser un servicio público para quienes se encuentran viviendo allí”.

Así el objeto de la contratación según surge de la “CLÁUSULA PRIMERA” consiste en “(..) El ‘TITULAR DEL GENERADOR’ se compromete a ofrecer la central térmica para abastecer del servicio público de energía



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



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

eléctrica a las dependencias provinciales, nacionales y familias allí viviendo (...)"

Conforme la "CLÁUSULA SEGUNDA", dicho ofrecimiento tiene como "(...) CONTRAPRESTACIÓN: 'LA DPE', abonará los cargos y/o gastos por consumo de gas natural de la central térmica además de los costos por el mantenimiento de las líneas eléctricas desde el pilar de salida del predio del 'TITULAR DEL GENERADOR' hasta cada uno de los usuarios finales.

La factura de gas natural por el consumo de la central será conformada por el Sr. Masciotra (o quien él autorice mediante nota en las presentes actuaciones), y será remitida a la DPE para su cancelación, ya sea en efectivo, cheque o transferencia bancaria al CBU que el Sr. Masciotra expresamente dejar constancia en las presentes actuaciones (...)"

Se establece por otra parte: "CLÁUSULA TERCERA: COSTOS A CARGO DEL 'TITULAR DEL GENERADOR': El señor Masciotra se responsabiliza de todos los costos y gastos de mantenimiento de la central térmica y de las instalaciones eléctricas que se encuentre dentro del predio del "TITULAR DEL GENERADOR"

Conforme la "CLÁUSULA CUARTA", el término de la contratación se fija en cinco (5) años con opción a prórroga por cinco (5) años más, previa manifestación de las partes en tal sentido.

Por la "CLÁUSULA QUINTA" se establecen las consecuencias del incumplimiento, indicando que: "(...) El incumplimiento de cualquiera de las

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

obligaciones específicas en el contrato por una de las partes, constituirá a ésta en mora automática, sin necesidad de interpelación judicial ni extrajudicial.

En caso de incumplimiento las partes tendrán derecho a optar por rescindir el contrato, sin necesidad de declaración judicial, bastando a tal efecto la sola manifestación de voluntad de la parte cumplidora de su decisión de rescindir y de la fecha en que tendrá efecto la rescisión.

Las partes en ningún caso serán responsables de las pérdidas; y/o daño directos o indirectos y/o lucro cesante en ocasión del presente contrato (...)”.

Por último se establece en la “*CLÁUSULA SEXTA: se aplican a la presente relación las normas correspondientes al art. 1176 stes. y cdtes. del CCyC -contrato de suministro-*”.

Se observa que se ha omitido incorporar como antecedente de la contratación el título que legitima al cocontratante en carácter de titular del generador, así como las especificaciones técnicas del equipo cuya titularidad invoca. Ahora bien, previo a señalar la documentación agregada en respuesta a los requerimientos efectuados por el Auditor Fiscal interviniente resulta oportuno reseñar los actos posteriores a la firma del contrato obrante a fs. 1 y 2.

Mediante diversos pases obrantes a fs. 2 vta., 3 y 3vta. Las actuaciones giraron por distintas áreas de la DPE, hasta que por consejo de la abogada del organismo (fs. 3) se remiten las actuaciones al Departamento



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



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

Contable para que se indique cual sería el procedimiento "lógico" para el cobro del consumo del gas por parte del Sr. MASCIOTRA (ver fs. 3 vta.).

Lo solicitado es respondido por Informe N° 225/19 Letra: "DPE", suscripto por el Jefe Departamento Contable DPE, de donde surge lo siguiente: "(...) *Por lo que se entiende que se debe pagar mensualmente un servicio que incluye la totalidad de gastos por parte del Titular del Generador según la Clausula mencionada (cláusula 2).*

Para una mejor transparencia administrativa, debería realizarse una factura por parte del Titular del Generador, por el total de todos los conceptos mencionados en el CONVENIO, a nombre de la D.P.E., el cual debería abonar respetando el circuito administrativo".

Pese a lo informado por el Área contable, no surge de las actuaciones la adopción de un circuito de pago acorde a lo allí aconsejado, por el contrario de fs. 7 a 16, se agregan notas de reclamo por parte del cocontratante ante el no pago por parte de la DPE de distintas facturas de gas (ver fs. 7, 8 y 15), las que posteriormente fueron abonadas por el sistema de reintegro de gastos.

Ello originó la planilla de detalle de imputación obrante a fs. 19 y constancia de cumplimiento fiscal de CAMUZZI GAS DEL SUR a fs. 20 y proyecto de Resolución DPE a fs. 21, a efectos de su cancelación.

En esa instancia toma intervención la Auditoría Interna del Ente, emitiendo el Informe N° 640/2019 Letra: "DPE".

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Dicho órgano de control interno, luego de establecer como objeto de la intervención el contrato de suministro obrante a fs. 1 y 2, el que según señala se realizó mediante el procedimiento establecido por el artículo 18 inciso j) de la Ley provincial N° 1015, Decreto provincial N° 674/2011 y Decreto 3487/17 (jurisdiccional), las facturas adeudadas y el proyecto de acto administrativo de aprobación, efectúa las siguientes recomendaciones:

**Se RECOMIENDA para futuras actuaciones dar cumplimiento al Punto 2 del Anexo I de la Res. CG 12/13 y Dto. 674/11 y pto. 31 a.*

**Se RECOMIENDA dar cumplimiento al Art. 34 de la Ley 1015.*

No obstante las recomendaciones formuladas concluye indicando que no surgen observaciones que formular.

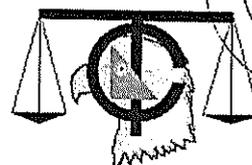
En función de ello, se dictó la Resolución DPE N° 538/19, suscripta por el Presidente de la DPE, la que resolvió: *“ARTÍCULO 1° RATIFICAR en todas sus partes el CONTRATO DE SUMINISTRO referente a la provisión de suministro eléctrico en la cabecera del Lago Escondido, por el término de cinco (5) años, entre esta DPE y el SR. Juan MASCIOTRA, registrado bajo el N.º 167, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente.*

ARTÍCULO 2° AUTORIZAR el gasto de PESOS CUATROCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL (\$ 486.000) a favor de la firma CAMUZZI GAS DEL SUR SA, referente a la provisión del suministro de gas natural cuenta N° 9410/0-0311-0018677/3 del medidor ubicado en Ruta N° 3 km 3000 zona cabecera del lago Escondido.

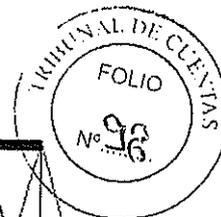
ARTÍCULO 3°.- APROBAR el reintegro de gastos a favor del Sr. Juan MASCIOTRA conforme a las facturas presentadas Liquidaciones de Servicios Públicos de la firma CAMUZZI GAS DEL SUR N° B COD. N° 18



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"

8001-20290198 POR LA SUMA DE PESOS VEINTISEIS MIL CIENTO TRES CON 50/100 (\$ 26.103,50) período FEBRERO/2019, 8001-20555833 por la suma de PESOS TREINTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y SIETE CON 23/100 (\$ 33.167,23) período MARZO/2019, 8001-20882598 por la suma de PESOS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS CON 38/100 (\$ 42.892,38) período ABRIL/2019, ascendiendo la erogación total a la suma de PESOS CIENTO DOS MIL CIENTO SESENTA Y TRES CON 11/100 (\$ 102.163,11) en el marco del convenio N° 167, suscripto el 19/12/2018; debiéndose emitir la pertinente orden de pago".

Ante nuevos reclamos por parte del Sr. MASCIOTRA a fs. 36 y 41 se elaboró el proyecto de acto que luce agregado a fs. 43, en función de lo cual toma nueva intervención la Auditoría Interna.

El citado órgano de control emitió el Informe N° 710/2019 Letra: "DPE", mediante el cual tras señalar que el objeto de la intervención es el pago en el marco del convenio, recomendó que previo a la firma del Acto Administrativo se adjunte al expediente copia de la Resolución DPE N° 572/2019. Por lo demás indica que no surgen observaciones que formular.

En función de ello, y pese a no adjuntar al expediente la resolución requerida por la Auditoría Interna en el informe "ut supra" indicado, el Vicepresidente de la DPE emitió la Resolución DPE N° 589/19, por medio de la cual aprobó el reintegro de gastos a favor del Sr. Juan MASCIOTRA conforme a las facturas presentadas liquidaciones de Servicios Públicos de la firma CAMUZZI GAS DEL SUR N° 18 8001-0021314355 por la suma de PESOS

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

CINCUENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y UNO CON 62/100 (\$ 55.361,62) período MAYO/2019 y 8001-0021846699 por la suma de PESOS CUARENTA Y TRES MIL VEINTISIETE CON 81/100 (\$ 43.027,81) período JUNIO/2019, ascendiendo la erogación total a la suma de PESOS NOVENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y NUEVE CON 43/100 (\$ 98.389,43) en el marco del convenio N° 167.

A fs. 58 se agrega un nuevo reclamo acerca del pago de la factura a la firma CAMUZZI con vencimiento el 20 de agosto del corriente año.

En ese estado las presentes actuaciones ingresaron a esta Secretaría Legal, en el marco del Control Posterior, cuyo procedimiento se encuentra establecido en la Resolución Plenaria N° 122/2018, con el objeto de emitir dictamen jurídico previo a la intervención del Plenario de Miembros.

En ejercicio de competencias propias el Auditor Fiscal interviniente C.P.N. Oscar SEGHEZZO, emitió el Acta de Constatación TCP N° 040/2019-D.P.E. (CONTROL POSTERIOR); por medio de la cual se verifican incumplimientos sustanciales, los que se detallan en el punto III, el que textualmente dice:

“III – INCUMPLIMIENTOS SUSTANCIALES

1. A fs. 9 luce “CONTRATO DE SUMINISTRO” de fecha 19/12/18, el que fue registrado (fs. 1) el 22/2/19 y ratificado mediante Resolución N° 538/19 a fs. 24/25 el 27/6/2019. El art. “PRELIMINAR” expresa que “... la DPE, por cuestiones de política presupuestaria no puede efectuar estas obras eléctricas en el corto plazo, pero si dar una solución



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



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

provisoria ..." Se requiere:

- Explicar que se entiende por "cuestiones de política presupuestaria", teniendo en cuenta que no existe relación entre la intención de brindar una solución "provisoria" y firmar un convenio por 5 años, como lo establece la cláusula CUARTA, incumpliendo el art. 99 de la ley 141, inc. b, e y f.
 - No se demuestra y ni siquiera se declara que el sr. Masciotra sea el único capaz de brindar el servicio, tal como lo exige el art. 18 inc. j) de la ley 1015. El mismo inciso del art. 18 expresa que los servicios adquiridos deben ser de uso regular para el estado provincial, cuando la realidad es que la DPE no es usuaria del servicio sino proveedora.
2. No se aclara como se ha de proceder a la facturación del servicio eléctrico, no consta que exista un listado de usuarios, ni que se hayan colocado medidores, ni las normas para la lectura de los mismos, vulnerando el art. 99 inciso f) de la ley 141.
 3. No se designa ningún representante de la DPE para realizar un seguimiento y control de la tarea que realizará el señor Masciotra, teniendo en cuenta que el responsable del suministro, facturación y atención de usuarios es la DPE.
 4. No se registra intervención técnica de parte de la DPE que haya analizado la capacidad del Titular del Generador ni la corrección de las instalaciones, ni se le ha exigido la contratación de un seguro por la eventualidad de la producción de algún siniestro, ni se ha analizado la responsabilidad que pudiera caberle al Organismo, vulnerando el art. 99

B

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

inciso e) y f) de la ley 141.

5. *Siendo uno de los receptores de la energía la escuela Entre Ríos, no se ha obtenido la autorización o la conformidad del Ministerio de Educación, ni de la Provincia, responsable primario de brindar el servicio eléctrico a las entidades públicas o privadas y de la población en general. Se violenta el art. 99 inc. f) de la ley 141.*
6. *El último párrafo de la CLAUSULA QUINTA dice : "...Las partes en ningún caso serán responsables de las pérdidas y /o daños directos o indirectos y/o lucro cesante en ocasión del presente contrato...". Dicho párrafo es nulo por cuanto un contrato particular no puede avanzar sobre las leyes de fondo que norman sobre responsabilidades.*
7. *El contrato no tiene un valor determinado, no permitiendo el registro presupuestario preventivo, vulnerando el art. 31 del decreto 1122/02.*
8. *La Resolución DPE N° 589/19 está firmada por el sr. Vicepresidente sin que se aclaren los motivos y sin que exista delegación.*
9. *El Depto. Contable expresa a fs. 4, ante una consulta, que el gasto se debería imputar al inciso 3, solicitando se hagan las adecuaciones correspondientes por no estar previsto en el Presupuesto. El Organismo lo imputa a la partida 2.8.2. "Petroleo crudo y Gas natural" lo que es a todas luces incorrecto, por cuanto el inciso 2, de acuerdo al nomenclador provincial, incluye solamente "BIENES" y la presente contratación es de un SERVICIO.*
10. *No se cumple con el art. 15 bis (Regla de fin de Mandato) ley nacional N° 15917 a la cual adhirió la provincia a través de la ley 1230 del 29/6/18".*



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



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

En virtud de los incumplimientos señalados requiere al cuentadante que en un plazo de 48 horas:

"a) Se de respuesta pormenorizada a cada uno de los incumplimientos señalados.

b) Se adjunte un dictamen legal que se pronuncie sobre el contenido del contrato N° 167 del 22/02/19 , y adicionalmente y respecto de la Resolución DPE N° 538/19, sobre la aplicación a su respecto del art. 109 c) de la ley 141".

Luego de diversas incidencias, mediante Nota N° 2253/2019 Letra NOR DPE, suscripta por el Ing. Claudio RAIMILLA, se remite en devolución a este Tribunal de Cuentas el expediente del corresponde con las actuaciones agregadas de fs. 62 a fs. 83, las que contienen diversos informes vinculados con los incumplimientos señalados.

Así a fs. 62 se agregó la Nota DPE N° 2036/2019 suscripta por la Abogada Fernanda SUÁREZ GRANDI, mediante la cual solicitó al Presidente de la DPE, aclararando que la necesidad de emitir dictamen jurídico deviene de lo normado por el artículo 110 inc. c) de la Ley 141, que se realicen determinados informes por parte de las áreas correspondientes y se solicite una prórroga al Tribunal de Cuentas, con carácter previo a producir el dictamen requerido.

En tal sentido solicitó se informe lo siguiente:

"1.- Acreditar que Masciotra es el único que tiene generador en esa zona.

B

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

2.- *Explicar cuál es la obra eléctrica que hay que hacer para dar solución definitiva a la situación energética de la zona del Lago Escondido y como era antes de celebrar este contrato, detallando el costo para la DPE.*

3.- *Listado de usuarios (detallando los organismos del Estado y particulares).*

4.- *Acreditar la notificación de la obligación de colocación de medidor eléctrico y como se registra el consumo eléctrico de los usuarios actualmente.*

5.- *Designar representante por la DPE en la zona del Lago Escondido.*

6.- *Informe técnico del estado en que se encuentra el Generador perteneciente al Sr. Masciotra. Informar si tiene seguro ante la eventualidad de siniestro, y en particular cual es el consumo de Masciotra.*

7.- *Notificación al Ministerio de Educación de la provisión en los términos del acuerdo.*

8.- *Agregar copia del acto administrativo de delegación de funciones del Presidente al Vicepresidente.*

9.- *Específicamente al Departamento Contable, un informe o respuesta de lo detallado en el Punto III 9 y 10..."*

A fs. 64 el Auditor Fiscal interviniente otorga la prórroga por un plazo de 10 días mediante Nota Externa N° 2270/2019 Letra: TCP-DPE; intimando su cumplimiento a fs. 76 por su similar 2415/19.

En función de ello, se agrega a fs. 77/80 informe suscripto por el Director Provincial de Energía, Ing. Claudio RAIMILLA donde se analizan los



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



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

distintos puntos solicitados por la Letrada del Ente, a los que me remito en honor a la brevedad.

A fs. 80 vta. obra nota suscripta por la Abogada Fernanda SUÁREZ GRANDI, indicando que en su opinión, en función de los informes técnicos y de situación agregados a fs. 65/67, 69/75 y 77/80, la provisión del servicio contratado encuadraría en la excepción del artículo 15 bis, ello en cuanto a lo observado en el punto III ap. 10 del Acta de Constatación TCP N° 040/2019-D.P.E. (CONTROL POSTERIOR).

Asimismo se adjunta la Resolución DPE N° 792/19 (fs. 81/82) y la Resolución DPE N° 826/19 (fs. 83).

En función de ello, recibidas las actuaciones por el Auditor Fiscal a cargo, CPN Oscar SEGHEZO, elabora el Informe Contable N° 317/2019, Letra: TCP- Deleg. DPE.

En forma preliminar establece la falta de levantamiento de los incumplimientos señalados y que los argumentos que se exponen con la Nota NOR N° 2253/2019 DPE (fs. 84) son extemporáneos, por esgrimirse luego del trámite y pago de la contratación.

En cumplimiento de la Resolución Plenaria N° 122/18, Punto 1.4.2.1, señala que "(...) Los incumplimientos son, a juicio de éste Auditor, sustanciales, por cuanto constituyen un grave apartamiento normativo, que surge de calificar al presente como **CONTRATO DE SUMINISTRO**, lo que está

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

fuera de las facultades del Ente y no cumple con el art, 3 incisos b) y c) de la ley de creación del Organismo. De ésta situación se derivan los demás incumplimientos señalados en el Acta N° 40 TCP/DPE 2019 que se transcriben mas abajo”.

En relación al Punto 1.4.2.2. **“Normativa incumplida.** *En cada una de las observaciones contenidas en el Acta de Control Posterior N° 40/2019-TCP/DPE las cuales se transcriben a continuación, se visualiza la normativa incumplida, y como surge del presente Informe, solo se ha dado respuesta adecuada a la N° 9. Al resto de los incumplimientos no se les da respuesta sino a través de una relación de circunstancias que no están apoyadas por documentación alguna”.*

Sin ánimo de reiterar cada uno de los incumplimientos señalados en el acta de constatación mencionada en el párrafo precedente y que fueran detallados en la presente, cabe recordar que el punto 9 señalaba que: *“El Depto. Contable expresa a fs. 4, ante una consulta, que el gasto se debería imputar al inciso 3, solicitando se hagan las adecuaciones correspondientes por no estar previsto en el Presupuesto. El Organismo lo imputa a la partida 2.8.2. “Petroleo crudo y Gas natural” lo que es a todas luces incorrecto, por cuanto el inciso 2, de acuerdo al nomenclador provincial, incluye solamente “BIENES” y la presente contratación es de un SERVICIO; considerando el suscripto que El presente incumplimiento fue levantado por el dictado de la Resolución N° 826/19, la que rectifica el art. 4° de la 528/2019.*

En relación al Punto 1.4.2.5- manifiesta: **“Presunto perjuicio fiscal :** *La posibilidad de la existencia de perjuicio fiscal surge de considerar*



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



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

que la prestación que se abona no ha sido en modo alguno certificada por ningún funcionario responsable de la DPE, no habiéndose dado respuesta a los incumplimientos N° 2 y 3 y que la relación entre el sr. Masciotra y la DPE no tiene fundamento legal. El perjuicio al erario público está determinado por cuanto no existe pronunciamiento del Organismo que avale la prestación del servicio. Se ha abonado hasta ahora la suma de \$ 102.163,11 (Orden de Pago N° 525/2019, fs. 29) y \$ 98.389,43 (Orden de Pago N° 574/2019) y no existe cálculo alguno sobre lo que se ha de abonar en el futuro, así como tampoco se ha establecido la relación entre el supuesto servicio y la suma que se abona, como así tampoco su razonabilidad".

Ante lo expuesto, se produce la Nota Interna N° 2316/19 Letra: TCP-SC, suscripta por el Auditor Fiscal A/C de la Secretaría Contable, mediante la cual se solicitó opinión legal acerca de la validez y eficacia del Contrato de Suministro incorporado a fs. 1 y 2.

Agrega en la última parte de su nota: "(...)Sin embargo, se encuentra adjunto el descargo efectuado por el Director DPE Ing. Claudio RAIMILLA de fs. 77/80, argumentando técnicamente las razones de urgencia de priorizar el servicio de energía eléctrica en la zona indicada, que a mi juicio podría ser tenido en consideración como atenuante a los incumplimientos planteados por el auditor fiscal que podrían devenir en un presunto perjuicio fiscal, todo esto teniendo en cuenta la índole del servicio que presta la D.P.E." (el subrayado es propio).

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

En función de ello, llegan las actuaciones a este Cuerpo de Abogados procediéndose a su análisis a fin de emitir el pertinente informe legal.

ANALISIS

Ante todo y como cuestión preliminar, cabe aclarar que las cuestiones eminentemente técnicas desarrolladas en la Nota N° 128/2019 Letra “DPE” escapan a la competencia de la suscripta quien no posee la expertiz necesaria para determinar si los motivos allí señalados evidencian una cuestión encuadrable en la urgencia, tal como lo propone el Secretario Contable; ya que las explicaciones allí brindadas son propias de la rama de la ingeniería y profesiones afines. Tampoco el presente análisis podrá versar sobre una cuestión de oportunidad mérito o conveniencia, como sería determinar si la decisión adoptada produjo un ahorro o fue la más efectiva para el erario provincial, ya que la suscripta carece de elementos y competencia para hacerlo. No obstante, se observa que la contratación no se encuadró en la urgencia sino en otro de los incisos, el j), del artículo 18 de la Ley 1015, conforme surge de la Resolución DPE N° 538/19, por medio de la cual se ratifica el contrato.

En consecuencia, el análisis que se hará en el presente sólo puede versar sobre lo estrictamente jurídico y específicamente sobre la conducta desplegada en la oportunidad por los funcionarios actuantes en el procedimiento de la contratación en relación con las normas que lo rigen.

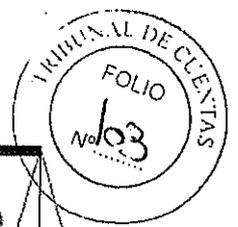
En anterior intervención vinculada con actuaciones tramitadas también en el ámbito de la Dirección Provincial de Energía (DPE), en ocasión de verificarse incumplimientos a la normativa en materia de procedimientos



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"

administrativos, se dijo lo siguiente: "(...) cabe tener presente que para estos supuestos, la Ley provincial N° 50 en su artículo 4°, incisos g) y h), prevé entre las atribuciones del Tribunal de Cuentas, la de formular recomendaciones o aplicar sanciones.

Al respecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en la causa: "Mansilla Vargas, Viviana Graciela c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ contencioso administrativo" (Expte N° 2237/09) considero que: "(...) la aplicación de la sanción obedece a una causa diferente y tiene su origen en la relación de control que la vincula con el ente demandado. (...) el ente contralor -aclaro con medidas como las analizadas en el caso que surgen de la potestad genérica de sancionar del art. 4, inc. h), de la ley 50-, persigue que el control sea eficaz, con lo cual debe adoptar para ello las medidas que sean razonablemente adecuadas para cumplir eficientemente su rol fiscalizador.

(...) la sanción aplicada tiene como origen (...) la relación de control que se origina entre el Tribunal de Cuentas, en su carácter de sujeto controlante y el titular del órgano controlado, en su rol de administrador de fondos públicos. Cabe recordar además que si bien el vínculo está signado por la colaboración, implica una serie de deberes a cargo de este último, que no son más que la contracara de las atribuciones de que goza el órgano de control para el cumplimiento de su cometido (...)

Este deber de colaborar y facilitar la actividad del citado organismo tiene directa vinculación con la mencionada previsión del art. 4°, inc. H, de la ley 50, pues si éste no tuviera la posibilidad de corregir los incumplimientos, sus potestades serían estériles y en consecuencia, su alta misión se vería menoscabada'.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Ahora bien, a fin de una adecuada aplicación del artículo 4° de la Ley provincial N° 50, es necesario el cumplimiento de determinados recaudos en lo referente a la formulación de las observaciones y su posterior descargo.

Sobre el tema, en oportunidad de pronunciarse en la causa ‘García Casanovas, Angel Gustavo c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo’ (Expte N° 1936/2007), el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia hizo saber a este Organismo de Contralor que al practicarse las observaciones se deberá realizar una explicación precisa y concreta de las irregularidades detectadas, con referencia específica a las actuaciones donde constan, con fundamento en que el desarrollo minucioso de los cargos es fundamental a los fines de un adecuado ejercicio del derecho de defensa”(Informe Legal N° 182/2018 Letra: T.C.P.-C.A).

Idénticos recaudos cabe sostener en casos como el presente, donde además se advierte por parte del Auditor Fiscal interviniente la presunta existencia de perjuicio fiscal; sin que obste a que se analicen las demás cuestiones particulares en la materia, fundamentalmente el procedimiento por el cual se cuantifique el monto del perjuicio y la conformación del mismo.

Tal como se desprende del Acta de Constatación TCP N° 040/19 – DPE (CONTROL POSTERIOR) y del Informe Contable N° 317/19 Letra: TCP-Deleg. DPE. del 16 de septiembre de 2019, suscripto por el Auditor Fiscal C.P.N. Oscar SEGHEZZO, se le hizo saber al Presidente de la Dirección Provincial de Energía, que en el expediente objeto de control se detectaron una serie de incumplimientos, exhaustivamente detallados, otorgándosele al cuentadante la oportunidad para formular descargo, y en función de ello se informó la calificación de los incumplimientos detectados, la normativa incumplida, el acto



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"

administrativo objetado, la indicación de los agentes presuntamente responsables y la expresa mención de si se produjo perjuicio fiscal, todo ello en virtud de lo preceptuado en el punto 1.4 de la Resolución Plenaria 122/2018.

De allí que pueda afirmarse que, en el presente caso, además de cumplirse con la normativa reglamentaria de este Tribunal de Cuentas en materia de control posterior, también se ha cumplimentado con las condiciones establecidas por la jurisprudencia "*ut supra*" citada en cuanto a la descripción precisa y adecuada de las transgresiones detectadas y a la oportunidad de ejercer el debido derecho de defensa por parte del funcionario requerido.

A mayor abundamiento, considero importante destacar que, independientemente de las cuestiones meramente técnicas que puedan influir en casos como el presente, que requieren una expertiz especial y ajena al ámbito del derecho; la actuación estatal debe estar guiada por el principio rector de la legalidad, lo que implica actuar de acuerdo a lo que las normas prescriben.

En el caso se trata de un contrato firmado entre una entidad autárquica del Estado provincial - DPE- y un particular, con el objeto de que este último provea de un bien mueble -generador eléctrico- para que aquel pueda brindar un servicio propio de su actividad pública -abastecer del servicio de energía a un sector de la población usuaria- y que según surge de la cláusula sexta se le aplicarán las normas relativas al contrato de suministro previstas en el artículo 1176 stes. y cdtes del Código Civil.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Entonces la primera cuestión a resolver será la de determinar si estamos ante un contrato administrativo y por lo tanto regido por las normas de esta rama del derecho o de un contrato regido por el derecho privado.

Al respecto resulta ilustrativo recordar la opinión de Rodolfo BARRA en la materia, en trabajo realizado en oportunidad de dictarse el decreto de delegación legislativa 1023/01 (RCAN): *“(...) El RCAN confirma de tal manera aquella sustantividad del contrato administrativo, como una suerte de respuesta normativa, aunque con seria base doctrinaria, a la disputa que desde unos años atrás, especialmente, ha estallado en nuestro medio acerca de la existencia del “contrato administrativo” como categoría jurídica, distinta de la categoría correspondiente al contrato de derecho privado, regulado por la legislación civil y comercial.*

La discusión es curiosa porque se trata de un tema que ya debería haber sido superado. No es posible desconocer en nuestro ordenamiento, que existen figuras típicas de contratos administrativos, que existen regulaciones generales aplicables a todos ellos y aun a los contratos que no se ajusten a una tipicidad definida, tal como lo establece el RCAN. Este, en su art. 4, realiza una enumeración omnicompreensiva de los contratos sometidos a su régimen, tanto que, como lo dispone en su apartado a), el mismo alcanza a ‘todos aquellos contratos no excluidos expresamente’. Nótese que el régimen general sólo excluye (art. 5º) a los contratos de ‘empleo público’ (porque tiene una regulación especial), a ‘las compras de caja chica’ (ya veremos que esto ocurre porque no requieren de la emisión de actos administrativos, estando sometidos a un procedimiento especial de rendición de cuentas), los del aptdo. c) del mismo artículo, esto es los celebrados con organismos internacionales de crédito y sujetos de derecho internacional en general, y los ‘comprendidos en operaciones



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



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

de crédito público', todos los cuales tienen también regímenes especiales. Pero, observemos, no es que no se trate de contratos administrativos, que lo son, sino que tienen una regulación legal específica que los excluye del régimen del decreto delegado, sin perjuicio de su aplicación analógica o supletoria, cuando así corresponda.

Así, entonces, y sin perjuicio de aquellos casos con regímenes propios, todos los contratos que celebre la Administración Nacional, centralizada y descentralizada, son administrativos, en cuanto se encuentran alcanzados por el Régimen de Contrataciones, y, en el núcleo del contrato, por la LPA (...)

(...) El Régimen de Contrataciones que estamos comentando contiene una norma que debemos tratar de armonizar en el juego de los arts. 4º y 5º antes citados. Establece en la parte final del art. 1º lo siguiente: 'Toda contratación de la Administración Nacional se presumirá de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que está sometida a un régimen jurídico de derecho privado'. Es posible interpretar que este sometimiento a un 'régimen de derecho privado' sólo puede ocurrir en los casos del art. 5º cuando así surja expresamente del propio contrato o de sus antecedentes, es decir cuando, en esos tipos contractuales, resulte indudable la intención de la Administración de someterse a un régimen de derecho privado.

Se trata evidentemente, de un error del RCAN, producto de la anacrónica aceptación de la categoría de 'contratos privados de la Administración', tan difíciles de encontrar en la práctica. En definitiva todos los contratos no ya de las Administraciones públicas sino de todo el Estado, se encuentran alcanzados por normas de derecho administrativo, en su habilitación presupuestaria, con efectos sobre la validez misma del contrato -¿acaso algún

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

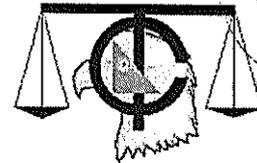
ente u órgano estatal podría contratar válidamente sin contar con la pertinente autorización presupuestaria?- en su procedimiento de formación, que incluye la selección del contratista- ¿qué funcionario se atrevería a contratar sin seguir un procedimiento selectivo?- en su sistema de control resultante de la ley de Administración Financiera (...) (“La reforma de la Ley de Procedimientos Administrativos y la sustantividad del contrato administrativo”, Procedimiento Administrativo. Aspectos Generales del Procedimiento Administrativo. Relaciones con otras ramas del Derecho, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p 369).

En el ámbito local el Régimen de Contrataciones se rige por la Ley provincial N° 1015, la que, entre otras cosas establece:

“Artículo 1°.- Ámbito de Aplicación. Las disposiciones de la presente ley son de aplicación para todo el Sector Público Provincial no financiero, el que estará integrado por: a) el Poder Ejecutivo, Ministerios y Secretarías de Estado; b) el Poder Legislativo; c) el Poder Judicial; d) organismos autárquicos y descentralizados, comprendiendo a las Instituciones de Seguridad Social; e) órganos creados por la Constitución de la Provincia; f) empresas y sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. En el contexto de la presente ley se entiende por entidad toda organización pública con personería jurídica y patrimonio propio, se trate de empresas o sociedades y organismos descentralizados; y por jurisdicción al Poder Legislativo, al Poder Judicial, al



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"

Poder Ejecutivo, los ministerios, Secretarías de Estado, Fiscalía de Estado y al Tribunal de Cuentas".

"Artículo 2º.- Presunciones. Toda contratación incluida en el ámbito de aplicación dispuesto en el artículo 1º se presume de índole administrativa, salvo que de ella o de sus antecedentes surja que esté sometida a un régimen jurídico de derecho privado."

"Artículo 5º.- Contratos Comprendidos. Este régimen se aplicará a los siguientes contratos: compraventa, suministros, servicios, locaciones, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes del dominio público y privado del Estado provincial, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. La presente ley será aplicable por analogía a las contrataciones de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias sólo en las cuestiones no previstas en las leyes específicas de estas materias".

"Artículo 6º.- Contratos Excluidos. No se encuentran comprendidas las siguientes contrataciones, en el marco de la presente ley: a) las de empleo público; b) las que se celebren con estados extranjeros, entidades de derecho público internacional, instituciones multilaterales de crédito y aquellos que sean financiados total o parcialmente por dichos organismos; sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del presente régimen cuando ello así se establezca y de las facultades de fiscalización sobre ese tipo de contratos que confiere a los organismos de control; y c) las operaciones de crédito público".

"Artículo 7º.- Normativa Aplicable. Las contrataciones se regirán por las disposiciones de la presente ley, su reglamentación, las normas dictadas

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones y por el contrato o la orden de compra según corresponda”.

Como se puede apreciar, en lo sustancial el articulado de la Ley provincial 1015 es muy similar a los preceptos del Decreto 1023/11, razón por la cual toda la doctrina precedentemente citada es perfectamente aplicable a la cuestión bajo análisis.

Entonces a modo de síntesis, podemos decir que la redacción de la Ley 1015 ha despejado toda duda acerca del carácter administrativo de los contratos que celebra el Sector Público Provincial no financiero.

De conformidad al art. 1º de la Ley territorial 117, “La Dirección Provincial de Energía, creada por Decreto Territorial Nro. 484/72, modificado por Decreto Territorial Nro. 355/73, se regirá como entidad autárquica de derecho público con capacidad para actuar privada o publicamente de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, a las que establezcan las leyes generales del Territorio y las especiales sobre la materia, vinculándose con el Poder Ejecutivo Territorial por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos”.

Por lo tanto, claramente queda incluida entre los sujetos comprendidos en el art. 1º del régimen de contrataciones establecido por la Ley 1015.



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



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

Por ello, el contrato, objeto del presente análisis, es administrativo y como consecuencia su perfeccionamiento debe realizarse de acuerdo a los procedimientos administrativos que fija la normativa específica.

Incluso si alguna duda pudiera quedar, derivada de la cláusula séxta del acuerdo, cuando efectúa la remisión a las normas del contrato de suministro establecidas en el art. 1176 stes. y cdtes. del C.C., ella se despeja a partir de los propios actos de la administración contratante.

En efecto, es el propio titular del ente quien, a través del dictado de la Resolución DPE N° 538/19, además de ratificar en todas sus partes el contrato, encuadró la tramitación en el artículo 18 inciso j) de la Ley provincial 1015.

No obsta a esta conclusión que en los considerandos de dicha resolución se haga referencia al encuadre de la erogación, ya que si el contrato no se encuentra amparado en norma alguna, el gasto que se efectúe como consecuencia del mismo tampoco tendría razón de ser.

Entonces cualquiera sea la interpretación que haya pretendido darse a la mención efectuada de la ley N° 1015 en los considerandos de la precitada resolución, ninguna duda cabe que el régimen bajo el cual se formalizó el contrato fue el de dicha norma provincial.

Entonces a la primera cuestión debemos responder que el acuerdo obrante a fs. 1 y 2 reviste la naturaleza jurídica de contrato administrativo; y

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

como tal debió ser celebrado y perfeccionado respetando el procedimiento administrativo previsto por la normativa vigente en la materia.

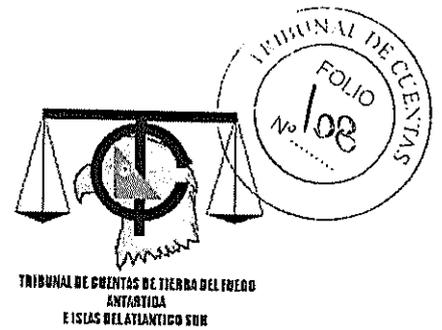
Por ello la segunda cuestión será establecer si en el caso, ese procedimiento ha sido respetado, y cuales serían las consecuencias derivadas de la respuesta que se obtenga.

En tal sentido, Laura MONTI en su trabajo *“Los Contratos de la Administración Pública en la Jurisprudencia de la CSJN”* ha dicho: *“Las consecuencias de esta caracterización son relevantes. Así, cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, suscribe un acuerdo de voluntades, sus consecuencias están regidas por el derecho público (‘La Holando Sudamericana S.A. c/ Corrientes, Provincia de s/ cobro de pesos’, del 15 de mayo de 2007, Fallos: 330:2268; ‘Intense Life S.A. c/ Tierra del Fuego, Provincia de - Secretaría de Salud Pública s/ cobro de sumas de dinero’, del 20 de febrero de 2007, Fallos: 330:178; ‘Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de s/ cumplimiento de contrato’, del 21 de marzo de 2006, Fallos: 329:809; ‘Aguas Argentinas S.A. c/ Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/ proceso de conocimiento’, del 14 de junio de 2005, Fallos: 328:2004; ‘Goldstein, Mónica c/ Santa Cruz, Provincia de s/ daños y perjuicios’, del 23 de diciembre de 2004, Fallos: 327:5991).*

Así también, estos contratos se hallan sujetos al principio de legalidad y, en este sentido, el Artículo 7º del Decreto Nº 1.023/2001 determina que las contrataciones se regirán por las disposiciones de ese régimen, por su reglamentación, por las normas que se dicten en su consecuencia, por los Pliegos de Bases y Condiciones, y por el contrato o la orden de compra según



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



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

corresponda, y la Corte ha dicho que en materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en que desarrolla su actividad la Administración pública, ésta se halla sujeta al principio citado, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer, sin expresa autorización legal. En virtud de ese mismo principio, no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, las previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre lo dispuesto en normas de rango legal, ya que el sentido, la validez, e incluso, la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general, aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar ("CASE SACIFIE c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", del 5 de octubre de 2010, Fallos: 333:1922). Asimismo, consideró que por el carácter de los pliegos de condiciones generales (reglamentos), el particular que participa en la licitación carece de la facultad de sustraerse a la aplicación de alguna de sus disposiciones, y que, dado que los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, ente licitante no puede insertar cláusulas que no respetan las disposiciones vigentes en materia de administración y disposición de bienes estatales ("El Rincón de los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario", del 30 de septiembre de 2003, Fallos: 326:3700).

Otra consecuencia de esta caracterización es que, de acuerdo con la normativa nacional, el procedimiento de selección del contratista estatal es, en principio, reglado. En efecto, el Artículo 24 del decreto antes citado dispone

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

que la selección del cocontratante para la ejecución de los contratos se hará por regla general, mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, y lo mismo establece la Ley Nacional de Obras Públicas N° 13.064 (Artículo 9°).

En este sentido, la Corte ha dicho que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales correspondientes, en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (“Indicom S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/ cobro de pesos”, del 10 de febrero de 2004, Fallos: 327:84; “Laser Disc Argentina S.A. c/ Mendoza, Provincia de - Instituto Provincial de la Cultura s/ cobro de pesos”, del 1° de septiembre de 2003, Fallos: 326:3206; entre otros). En esta orientación, también ha dicho el Tribunal que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia (“Punte” e “Indicom S.A.”, cits.). Por ello, dispuso confirmar la sentencia que había rechazado la demanda tendiente a que se abonaran honorarios profesionales si las tareas de realización de proyectos por las que se reclamaba un pago adicional debían considerarse incluidas en el objeto de los contratos suscriptos originalmente entre las partes, y si la recurrente no había demostrado la existencia de un contrato válido y eficaz, de conformidad con los principios y las reglas de derecho público que rigen las contrataciones del Estado Nacional (“Sciammarella, Romeo c/ EN-Ministerio de Educación s/ proceso de conocimiento”, del 4 de agosto de 2009, Fallos: 332:1651). Asimismo, decidió que 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



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



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

formalidades establecidas por el derecho administrativo local para su formación ("Langer y Compañía S.R.L. c/ Municipalidad de Río Grande", del 12 de diciembre de 2006, Fallos: 329:5615 y "Punte", cit.)".

Tal como se puede observar de los precedentes transcriptos, La corte Suprema ha demostrado ser sumamente estricta al analizar la validez de los contratos administrativos a la luz del cumplimiento de las normas que los rigen.

Otro tanto cabe decir de los precedentes que, sobre la cuestión, ha producido nuestro máximo Tribunal Provincial; los que por otra parte, configuran jurisprudencia obligatoria para los todos los Tribunales y Jueces inferiores, conforme lo establece el artículo 37 de la Ley provincial N° 110, Orgánica del Poder Judicial.

En tal sentido vale recordar lo dicho por el Superior Tribunal de Justicia en ocasión de resolver acerca de la validez de la Ley N° 774, en cuanto excepcionaba del régimen de la licitación pública a la contratación entre la Provincia y la Empresa Tierra del Fuego Energía y Química S.A., en los autos caratulados: *"Fiscalía de Estado de la Provincia c/Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar"*.

En esa oportunidad, conforme surge del Voto del juez preopinante, Dr. Javier Muchnik, se dijo:

"(...) 3-III.- Ahora bien, tomando en cuenta que la modalidad de contratación que se aprueba mediante la Ley N° 774, es de naturaleza administrativa, pues no cabría tipificar de otra manera a la venta de un recurso

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

que integra el tesoro provincial (ver art. 66 de la Constitución de la Provincia), sencillo es deducir que la normativa a la luz de la cual debe analizarse el presente caso, es la propia y exclusiva del derecho público.

Cabe señalar en primer término, que si bien la doctrina tradicional del derecho administrativo y la jurisprudencia, sostenían que el principio general en materia de contrataciones del Estado era la “libre elección del contratista”, esta posición (hoy morigerada, conforme lo explicaremos más adelante), es incompatible con nuestro sistema normativo constitucional local, que privilegió la existencia de un “sistema de selección”, que por naturaleza y definición se opone a aquél.

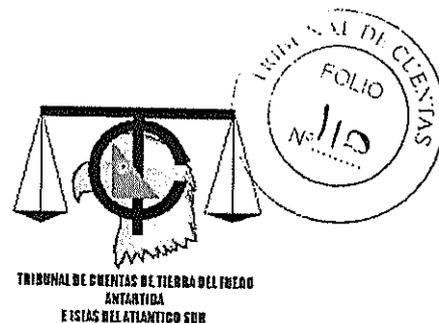
En efecto, nuestra Carta Magna provincial dispone en su artículo 74º que: ‘Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante un procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión’.

Destacamos del texto constitucional copiado -por su importancia para la resolución del caso-, la palabra “selección”. Para la Real Academia Española la primera acepción de ese vocablo es: “Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas” (Diccionario de la Lengua Española - Vigésima segunda, en la página de internet: edición <http://buscon.rae.es/draeI/>).

La definición es clara y no exige mayor esfuerzo en su interpretación. El vocablo ‘selección’ indica ‘pluralidad’ (cualidad de ser más de uno). Por consiguiente cabe concluir, sin hesitación alguna, que el constituyente fueguino al legislar sobre cómo debían ser las contrataciones del Estado Provincial, impuso como regla que ellas se realicen a través de un procedimiento de “selección”, mediante el cual se elija a una o varias personas o cosas entre “otras”.



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



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

En otras palabras, no puede concebirse que una "selección" se realice sobre una "individualidad", trátase de personas (físicas o jurídicas) o cosas.

Es que si bien nuestra Carta Magna Provincial no estableció obligatoriamente un sistema determinado para la contratación pública, sino que dejó ello librado a las distintas normas que se dicten al respecto, si se ocupó en cambio de enfatizar la necesidad de que exista un procedimiento de selección (en cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, concurrencia y transparencia, correlativos a los existentes en materia de Licitación Pública), y una amplia, previa y documentada difusión, posibilitando la participación ciudadana, en cumplimiento del principio de publicidad (que tiene su génesis en el art. 8° de nuestra Ley fundamental provincial, y es además coincidente con los que dirigen la Licitación Pública).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la difusión calificada a la que hace referencia el texto constitucional, no puede analizarse en forma aislada del art. 8° de la Carta Fundamental citado, que establece, bajo pena de nulidad, que todos los actos de Gobierno deben ser publicados, "...especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado provincial o a las municipalidades".

Este condicionamiento de publicidad no es menor. En efecto, se ha sostenido respecto de este principio que es de raíz constitucional 'porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de la forma republicana de gobierno, adoptada por el art. 1° de la ley fundamental' (Julio Rodolfo Comadira, "La licitación pública. Nociones-Principios-Cuestiones", Ed. LexisNexis, 2006, pág. 107); y que "la importancia

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

de este requisito es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la ‘publicidad’ es la garantía de que todo se hará correctamente” (Marienhoff, ob. cit. T. III-A, pág. 202).

La estructura normativa reseñada evidencia que para el constituyente no fue suficiente instaurar el “principio de seleccionabilidad” del contratista del Estado, sino que además exigió que toda contratación que disponga bienes de su pertenencia, se efectúe en un marco de amplia difusión, bajo pena de nulidad, con el firme propósito de garantizar la participación ciudadana y cristalizar el principio de transparencia (obligatorio en las actuaciones del Estado merced a la Convención Americana Contra la Corrupción).

A la luz de lo expuesto, es evidente que la excepción dispuesta por el art. 1° de la Ley N° 774, se encuentra en pugna insuperable con la prescripción de nuestra Carta Magna Provincial, en tanto exige que las contrataciones del Estado se hagan mediante un procedimiento de selección, y no en forma directa.

Ahora bien, y dado que a tenor de sus prescripciones, la propia Ley cuya constitucionalidad se indaga, entendió que el principio general imperante en la materia era la licitación pública (pues de otra forma no lo habría exceptuado), corresponde analizar brevemente la génesis del mismo, y su compatibilidad con la norma cuestionada.

A tal efecto, es oportuno recordar que a instancias de las disposiciones de la Carta Fundamental, y luego de varios años de su vigencia se sancionó la ley N° 495 de “Administración financiera y sistemas de control del sector público provincial”, que derogó, conforme lo dispuso su art. 133, las normas existentes en materia de contrataciones y contabilidad con anterioridad



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



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

a su dictado; cabe destacar que hasta su dictado, regía en la Provincia la Ley Territorial N° 6

Ahora bien, con el nacimiento al mundo jurídico de la Ley Provincial N° 495, se derogó la citada Ley Territorial N° 6, con excepción del Título III, del Capítulo II, (contrataciones) y del Capítulo V, (gestión de los bienes), que justamente es la que regula la materia que tratamos, al disponer en su art. 25 (ubicado en el Título III 'Contrataciones', del Capítulo II) que: "Todo contrato será por licitación pública cuando del mismo se deriven gastos y por remate o licitación pública cuando se deriven recursos".

Es decir, el legislador provincial al regular la materia que analizamos en el presente, tuvo en cuenta las previsiones de la Ley Territorial N° 6 en materia de contrataciones, y pese a ello mantuvo vigente las mismas, con el principio de licitación pública a la vanguardia, con lo cual un silogismo sencillo demuestra que dicho principio existe no sólo porque era el imperante en la normativa vigente en el Ex Territorio Nacional, sino que además fue objeto de una expresa ratificación por el legislador local".

La circunstancia de que al momento de dictarse el fallo "ut supra" parcialmente transcrito, no se encontraba vigente la Ley 1015, no es óbice para considerar la importancia del doctrina emanada del mismo; por el contrario con la sanción del régimen actual de contrataciones se reafirma expresamente por parte del Legislador la voluntad de considerar a la licitación pública como el principio general, y solo en casos puntualmente establecidos y debidamente fundados recurrir a algunas de las excepciones que la ley taxativamente prescribe.



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

En efecto el artículo 14 de la Ley 1015 erige a la licitación pública en la regla general y lo hace en los siguientes términos:

“La selección del contratista para la ejecución de los contratos contemplados en este régimen es por regla general mediante licitación pública o concurso público.

La utilización de otros procedimientos de selección sólo será procedente en los casos expresamente previstos en los artículos 18 al 20 de la presente ley.

La elección del procedimiento de selección está determinada por una o más de las siguientes condiciones:

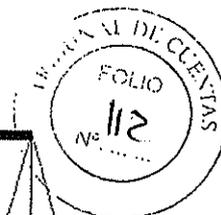
- a) características de los bienes o servicios a contratar;*
- b) monto estimado del contrato; y*
- c) condiciones de comercialización y configuración del mercado.*

Si la elección del procedimiento se efectúa conforme al inciso b) del presente artículo, y las ofertas, aún cuando sean admisibles o económicamente convenientes, superasen el monto dispuesto por el Decreto Jurisdiccional, ello conllevará al fracaso del procedimiento.

Por su parte el artículo 18 establece los supuestos en que podrá exceptuarse a la contratación del procedimiento de licitación pública, indicando con carácter general que: *“La contratación directa es un procedimiento de selección simplificado, que sólo será procedente en los casos expresamente previstos a continuación. Dicha medida debe ser debidamente fundada y ponderada por la autoridad competente que la invoca. Podrá contratarse en*



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



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

forma directa con un proveedor seleccionado, de acuerdo a la reglamentación que se dicte al efecto, sólo en los siguientes casos ...".

En el presente caso se omitió la licitación pública pretendiendo para ello recurrir a la causal establecida en el inciso j) que establece: *"Cuando se trate de bienes o servicios cuyos precios sean determinados o autorizados por el Estado. Se incluyen dentro de este inciso las contrataciones de servicios básicos como energía eléctrica, agua corriente, gas, transporte de pasajeros por vía terrestre, aérea, marítima, fluvial o lacustre y de telecomunicaciones tales como telefonía fija, telefonía móvil, internet u otras tecnologías que en el futuro se utilicen, y que adquieran el carácter de servicio de uso regular para el Estado provincial. Ello sólo en los casos en los que no exista más de un prestador posible o el cambio de prestador resulte oneroso para la continuidad de la prestación del servicio y pueda implicar una suspensión transitoria del mismo".*

Como ya se señalara oportunamente, el proceso de selección elegido y la causal fundante de tal elección recién aparece al momento de dictarse la Resolución DPE N° 538/19. Lo cual desde el punto de vista cronológico en orden a analizar el debido proceso en la tramitación del contrato, de por sí transgrede lo dispuesto en toda la normativa que rige la formación de los actos administrativos, y por lo tanto las normas a la se debe ceñir el actuar de los funcionarios públicos.

Ahora bien, pese a que en ningún momento durante el devenir de las actuaciones se han invocado la causal de urgencia, ello podría inferirse del tipo

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

de servicio que debía prestarse y a la situación de funcionamiento en que se encontraban los equipos de los que disponía la DPE conforme se vislumbra en los informes técnicos producidos.

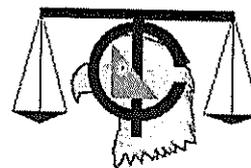
No obstante como ya dijera en anterior intervención las situaciones urgentes merecen soluciones urgentes, pero de ninguna manera ello significa que deban apartarse de la normativa vigente; podrán requerir un acortamiento de los plazos o una mayor diligencia en procurar los mecanismos técnicos adecuados, pero siempre siguiendo la cronología que marca la ley.

Los actos estatales, por su propia naturaleza, siempre requieren de una causa y una justificación, y ello debe necesariamente preceder a la decisión, es decir: el acto administrativo que resuelve contratar un bien o un servicio debe estar precedido de una causa que lo motive, de un fin que lo justifique, fundamentando debidamente su aprobación; todo lo cual conducirá a una decisión plasmada en el acto de funcionario competente que previa certificación de recepción de lo contratado procederá a tramitar el pago. Este es el esquema general de la actuación estatal en materia de erogación de gastos; y la urgencia o la especialidad sólo puede llegar a modificar, en forma de excepción el proceso de selección del cocontratante, pero de ninguna manera exceptuar al Estado contratante y por extensión al funcionario que actúa en su nombre, de cumplir con la ley "*lato sensu*".

Por otra parte, cabe analizar si la causal efectivamente elegida por el titular del ente se encuentra acreditada y si justificaba suficientemente el apartamiento del principio general o si por el contrario la falta de licitación



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"

pública invalida el proceso contractual y el producto del mismo, con lo cual si el contrato es nulo los pagos efectuado quedan sin causa, motivación y finalidad. Anticipo opinión en cuanto a que me inclino por esta última opción como se fundamentará mas adelante.

El precitado inciso j) del artículo 18 refiere básicamente a los servicios tarifados, y siempre que reúnan las siguientes condiciones: a) Que el precio o tarifa sea fijado por el Estado; b) Que el servicio sea de uso regular por el Estado y c) Que el servicio tenga carácter monopólico o en caso de que haya mas de un prestador el elegirlo sea muy oneroso para el Estado.

Ahora bien, de la comparación entre los requisitos establecidos en la norma y de los términos contractuales surge que la causal elegida no se encuentra configurada, salvo que pretenda confundirse el objeto del contrato con la contraprestación por el mismo.

En cierto que el servicio que presta CAMUZZI reuniría en principio las características del mentado inciso J) y su contratación podría hacerse de forma directa pero solo en el supuesto de que el Estado sea el usuario de dicho servicio, lo que en el caso claramente no sucede, aunque se haya pretendido hacerlo aparecer así,

En efecto, conforme se observa de los términos del contrato obrante a fs. 1 y 2, el objeto del mismo no es la provisión de gas natural para el uso

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

regular del Estado, sino un mutuo oneroso de cosa mueble – generador- por parte de un privado a una entidad estatal, para que ésta -DPE- pueda prestar un servicio propio de su actividad -provisión de energía eléctrica en la zona de Lago Escondido-

El precio a pagar por el Estado es en especie, y se satisface con el pago del gas natural que requiere el equipo para funcionar, al titular de dicho equipo. Un precio que en el presente caso resulta de muy difícil medición y con absoluta carencia de control en cuanto al consumo ya que según lo acordado quien conforma la factura es el propio particular sin ninguna intervención por parte del ente estatal.

Por lo tanto si bien la provisión de gas natural es un servicio prestado por un ente privado concesionario del mismo y el bien que provee está sujeto a un precio tarifado por el Estado concedente; esto **no es el objeto del contrato**, sino la contraprestación y quien recibe el servicio tarifado no es la DPE sino un particular y el destino no es el funcionamiento de un inmueble del Estado para su funcionamiento habitual, sino de un bien mueble de un particular, lo que como ya se ha dicho torna a la prestación de muy difícil medición, con lo cual la situación de servicio tarifado se desvirtúa.

A mayor abundamiento, cabe observar que en función de lo establecido en la cláusula segunda la DPE paga la factura de gas que hace funcionar la central térmica, la que a su vez deberá estar conformada por el titular



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



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

del generador, lo que demuestra a las claras que quien recibe el servicio no es la DPE sino el particular.

Es decir, no se fija ningún mecanismo que permita medir ni cuantificar la cantidad de gas natural que se utiliza en beneficio del servicio que debe prestar la DPE por parte de un funcionario técnico del ente, careciendo por lo tanto de un mecanismo de contralor suficiente para acreditar la cantidad de gas utilizado exclusivamente para la prestación de dicho servicio.

En virtud de ello, la causal utilizada para exceptuar a esta contratación del principio general por el cual deben regirse todas las contrataciones estatales, es decir la licitación pública, no puede tenerse por acreditada y, en consecuencia el contrato tramitado de esa forma no puede ser válido.

Todo lo antedicho se puede corroborar asimismo, con la presentación del proyecto agregado con la Nota N° 2727/2019, Letra DPE (fs. 91), lo cual si bien pondría de manifiesto la voluntad de la Administración de encauzar su actuación, no sana los vicios que presenta el contrato bajo análisis.

Por otra parte, en relación al proyecto agregado a fs. 92/93, si bien la suscripta carece de competencia para efectuar el control legal y técnico del mismo ya que ello corresponde al Servicio Jurídico del ente, cabe observar que la intención puesta de manifiesto sería la de utilizar nuevamente el mecanismo de la

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

contratación directa, razón por la cual corresponderá que a esos fines se justifique fundadamente la situación en que se sustente la causal de excepción; teniendo en cuenta que, en principio, nada obstaría a que se recurra a la licitación pública y por lo tanto cabría efectuar las mismas observaciones que las contenidas en el presente respecto al contrato que se encuentra en ejecución.

Al respecto resulta ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia:

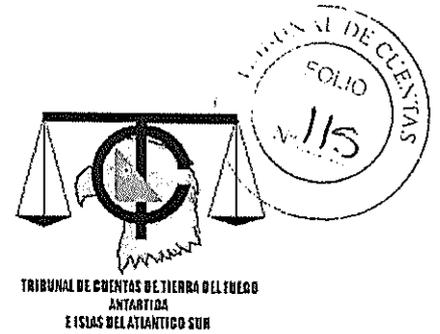
“(...) Que sentado lo expuesto, cabe recordar la jurisprudencia de esta Corte conforme a la cual los contratos públicos están sujetos a formalidades preestablecidas y contenidos impuestos por normas que prevalecen sobre lo dispuesto en los pliegos, lo cual desplaza la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes (conf. Fallos: 316:3157) (...).

(...) Que en el sub examine, la omisión de cumplir con las formalidades reseñadas deriva en la nulidad absoluta de los actos de llamado a la licitación 28/92 y de adjudicación de esta última por la resolución 161/92, por lo que se extingue también la resolución 1377/91 que se dictó en el marco del llamado a licitación referido.

Que, a diferencia de lo sostenido por la recurrente, resulta adecuado aplicar, para el examen de la validez de los actos relacionados con contratos administrativos, las disposiciones de la ley 19.549. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el último párrafo del art. 7º de dicha ley (texto anterior a la reforma por el decreto 1023/01), los contratos administrativos se regían por sus leyes especiales y en forma analógica por las disposiciones del título III de la ley, referente al régimen del acto administrativo (...) (El Rincón de



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



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

los Artistas c/ Htal. Nac. Profesor Alejandro Posadas s/ ordinario.. CSJN Fallo 30/9/2003)

En el ámbito local la Ley de Procedimientos Administrativos sigue el mismo criterio de la supletoriedad, para todos aquellos actos realizados con anterioridad o posterioridad al contrato y que inciden en la validez del mismo.

Por ello, en el caso bajo análisis cabe considerar que tanto el contrato padece de un vicio nulificante que es el de haber sido celebrado de forma directa, obviando la regla general de la licitación pública establecida en el artículo 14 de la Ley 1015; como los actos anteriores y posteriores a su celebración por la violación de la Ley 141 de Procedimientos Administrativos, tal como bien lo afirma el Auditor Fiscal interviniente en el Acta de Constatación N° 40/2019, Letra TCP- Deleg. DPE y lo ratifica en el Informe Contable N° 317/2019, Letra: TCP Deleg. DPE.

Sin perjuicio de que en párrafos precedentes se han efectuado consideraciones en relación a las irregularidades observadas en el expediente administrativo por el cual tramitó el contrato, a los que me remito en honor a la brevedad, cabe agregar que considerando al contrato obrante a fs. 1 y 2 nulo de nulidad absoluta, conforme lo indicado, los actos administrativos dictados en su consecuencia resultan igualmente nulos por carecer de causa, motivación y finalidad (art. 110 ley 141), corriendo igual suerte los pagos que se aprueban por dichos actos.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

En virtud de ello la suscripta comparte, en principio, la opinión vertida por el Auditor Fiscal interviniente, CPN Oscar SEGHEZO, en su Informe Contable N° 317/2019, en cuanto a que: “(...) *El perjuicio al erario público está determinado por cuanto no existe pronunciamiento del Organismo que avale la prestación del servicio. se ha abonado hasta ahora la suma de \$ 102.163,11 (Orden de Pago N° 525/2019, fs. 29) y \$ 98.389,43 (Orden de Pago N° 574/2019) (...).*”

En efecto, el perjuicio quedaría constituido por el total de lo pagado hasta la fecha, salvo que pudiera deducirse el monto correspondiente al servicio de gas natural efectivamente consumido por el Estado. Ello por cuanto, si bien estamos frente a un pago incausado cabría la posibilidad de configurarse un enriquecimiento sin causa por parte del ente estatal; el cual sólo podría prosperar en la medida en que sea invocado y acreditado por el cocontratante, conforme los precedentes de la CSJN en el fallo “*Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*”.

Por último, en consonancia con lo informado por el Auditor Fiscal CPN Oscar SEGHEZO, los funcionarios presuntamente responsables del mismo serían los funcionarios firmantes de los actos nulos, Presidente y Vicepresidente de la DPE, Sr. Alejandro LEDESMA e Ing. Federico Luís AGUILLÓN, respectivamente; éste último por haber suscripto la Resolución DPE N° 589/19 y en esa medida.



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



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

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, la suscripta considera que el contrato obrante a fs. 1 y 2 resulta nulo de nulidad absoluta por haberse violado el procedimiento establecido en el Régimen de Contrataciones Ley 1015, Art. 14; sin que haya podido acreditarse la causal de excepción invocada - artículo 18 inciso j) ley cit.-; corriendo igual suerte los actos que se han dictado en su consecuencia Resoluciones DPE N° 538/19 y N° 589/19,

Asimismo, los pagos aprobados en las mencionadas resoluciones y abonados por la suma de \$ 102.163,11 (Orden de Pago N° 525/2019, fs. 29) y \$ 98.389,43 (Orden de Pago N° 574/2019), deben considerarse incausados y por lo tanto el monto del perjuicio ascendería a dicha suma, sin perjuicio de la eventual invocación y acreditación de un supuesto enriquecimiento sin causa, conforme se señaló al analizar el tema en el acápite correspondiente.

Por último, en consonancia con lo informado por el Auditor Fiscal CPN Oscar SEGHEZO, los funcionarios presuntamente responsables del mismo serían los funcionarios firmantes de los actos nulos, Presidente y Vicepresidente de la DPE, Sr. Alejandro LEDESMA e Ing. Federico Luís AGUILLÓN, respectivamente; éste último por haber suscripto la Resolución DPE N° 589/19 y en esa medida.

Sin otras consideraciones que formular, la suscripta entiende que, salvo opinión en contrario, con la conclusión alcanzada corresponde dar por

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

concluida la intervenci3n de este Cuerpo de abogados, en raz3n de haber dado respuesta a la consulta formulada, remitiendo las actuaciones para continuidad del tr3mite.



Dra. Patricia Bertolin
ABOGADA
Mat. Prov. N° 461
Tribunal de Cuentas de la Provincia