TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 201

Informe Legal Nº 250/2019

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

Cde. Expte.: Nº 7913 Letra: MO Año: 2019

Ushuaia, 17 de diciembre de 2019

AL SECRETARIO LEGAL A/C
DR. PABLO E. GENNARO

Viene al Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro de este Tribunal de Cuentas, caratulado: *"S/ RENDICIÓN PARCIAL Nº 4 DEL FONDO PERMANENTE DE EDIFICIOS GUBERNAMENTALES Y ARCAS DE SALUD – USHUAIA Y TOLHUIN- CTA. CTE. 15993/4"*, a fin de que se emita dictamen jurídico.

I. ANTECEDENTES

A través de las presentes actuaciones tramitó la rendición parcial Nº 4 del Fondo Permanente con Reposición para refacciones, reparaciones y mantenimiento de edificios gubernamentales y áreas de salud de las ciudades de Ushuaia y Tolhuin. La autorización para la apertura del mentado fondo se efectuó por medio del Decreto provincial Nº 219/2018.

El expediente arribó a este Órgano de Control en virtud de la Nota Externa Nº 2011/2018 Letra: TCP-AOP, por la que el Auditor Fiscal Subrogante,

C.P. Mauricio IRIGOITIA, solicitó al Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. Luis VAZQUEZ su remisión.

En este contexto, fue recibido para su intervención por el área Técnica, donde se realizó el Informe Técnico Nº 204/18 Letra: TCP-SC-AT, suscripto por el Auditor, Arquitecto Luis DONNARUMMA, por el que determinó tres incumplimientos, tres requerimientos y seis recomendaciones, siendo luego remitido al área contable para su intervención.

Así, por el Acta de Constatación Nº 57/2018 Letra: A.O.P. (Control Previo- ADM. CENTRAL), el Auditor Fiscal Subrogante, Mauricio IRIGOITIA, realizó cuatro observaciones, dos requerimientos y dos recomendaciones.

Posteriormente, se agregó copia de la Resolución de la Secretaría de Servicios Públicos, dependiente del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, mediante la que se aprobó la rendición parcial Nº 4 del fondo permanente objeto de las presentes actuaciones, por la suma de dos millones ochocientos treinta y cinco mil novecientos cuarenta y uno con dieciséis centavos ($2.835.941,16).

Además, el Ministerio tomó conocimiento de las observaciones, requerimientos y recomendaciones efectuadas por este Tribunal de Cuentas y brindó el descargo pertinente (fs. 1150/1152 y 1171/1172).

Así las cosas, ya en el marco del control posterior, volvieron las actuaciones a este Organismo y desde el área técnica se realizó el Informe Técnico Nº 233/19, Letra TCP-SC-AT, a través del que el Auditor, Arquitecto Luis

DONNARUMMA, concluyó que correspondía mantener los tres incumplimientos y respecto de los requerimientos consideró que no se había dado cumplimiento a la totalidad de ellos, deviniendo el requerimiento Nº 3 en una observación de carácter insalvable.

A continuación, se realizó el Acta de Constatación Nº 290/2019 – AOP, por la que se indicó lo siguiente: ***"II –CONTESTA ACTA DE CONSTATACIÓN TCP Nº 57/2018 – AOP (CONTROL PREVENTIVO):***

- ***OBSERVACIÓN 1:*** *Se toma conocimiento del descargo aportado en Informe Nº 12/2019 (DcyF-MOySP) de fojas 1171/1172, como así también se verifica la intervención de la Auditoría Interna a fojas 1154/1155 y 1168/1169 mediante Informes Nº 695-mo/18 y 362-mo/19, respectivamente. Por lo expuesto se* ***levanta*** *la observación efectuada.*

- ***OBSERVACIÓN 2:*** *el descargo aportado en Informe Nº 119/2018 Letra: Ss.S.P. - M.O. Y S.P. de fojas 1150 resulta insuficiente, por cuanto una tramitación cancelada con un Fondo Permanente, no invalida que se la deba tramitar como cualquier contratación, debiendo cumplir con lo establecido en la normativa vigente, la cual se presume conocida por todos los agentes que desempeñan funciones en la administración pública.*

No obstante ello, la presente observación resulta ***insalvable*** *a esta altura del procedimiento.*

- ***OBSERVACIÓN 3:*** *Se toma conocimiento de lo indicado en Informe N° 119/2018 Letra: Ss.S.P. - M.O. Y S.P. de fojas 1150 e Informe N° 31/2018 Letra: D.G.R.Z.S. - M.O. Y S.P. De fojas 1151. La presente observación resulta* ***insalvable.***

- ***OBSERVACIÓN 4:*** *Conforme lo expuesto en Informe Técnico N° 233/2019 Letra: TCP – SC – AT, se* ***mantienen*** *las observaciones efectuadas en su par N°204/2018 Letra: TCP-SC-AT (fs. 1129/1134).*

- ***REQUERIMIENTO 1:*** *Conforme lo indicado en Informe Técnico N° 233/2019 Letra: TCP – SC – AT los requerimientos efectuados en su par N° 204/2018 Letra: TCP-SC-AT (fs. 1129/1134)* ***no*** *fueron cumplidos.*

- ***REQUERIMIENTO 2:*** *Se tomó conocimiento del descargo al presente requerimiento conforme lo expuesto en Informe N° 12/2019 Letra: DcyF-MOySP) de fojas 1171/1172.*

- ***RECOMENDACIÓN 1:*** *Visto a fojas 1140/1148, Resolución Sec. S.P. N° 12/18 de fecha 04/07/18 por la que se aprueba la rendición N° 4 del Fondo permanente en cuestión, se da por subsanada la recomendación efectuada".*

En virtud de ello, se remitieron las actuaciones al Ministerio de Obras y Servicios Públicos, a fin de que se diera respuesta a los reparos efectuados, pero solo se adjuntó un croquis de ubicación de refacciones confeccionado por el profesional M.M.O. Eduardo Martín PINEA (fs. 1179).

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 1203

De esta manera, ingresó nuevamente el expediente este Órgano de control y por Informe Técnico Nº 400/19, Letra: TCP-SC-AT, se puso de manifiesto que: "***Contesta Informes Técnicos Nº 204/18 y Nº 233/19:*** ***Incumplimiento I.1:*** ***Falta de Documentación Gráfica con información:*** *En la Obra Nº 2 analizada, no existe Documentación Gráfica presentada (planos, planillas, detalles, etc.) que permitan verificar las cantidades contratadas, ni especificaciones técnicas que definan acabadamente el alcance de los trabajos. En este caso, ni siquiera fue incorporado algún plano de referencia.*

Descargo y Análisis: *De acuerdo a lo considerado en puntos C.2. y C.3. del presente, se agrega solamente a fs. 1179, un croquis indicativo de los sectores intervenidos, resultando esta documentación incompleta e insuficiente para poder definir acabadamente el alcance de los trabajos. No se verifica aporte de ninguna otra documentación técnica gráfica nueva. Por lo antes expuesto, corresponde mantener el incumplimiento.*

Conclusión: *se mantiene el Incumplimiento I.1., revistiendo el mismo carácter de* ***Incumplimiento sustancial insalvable*** *a esta altura del procedimiento.*

Incumplimiento I.2: ***Falta de firma del Representante Técnico de la Empresa:*** *En la Obra Nº 2 analizada, en Acta de Inicio, Acta de Constatación, Fotografías de los trabajos, y Acta de Recepción Provisoria, no constan las firmas de profesional idóneo como Representante Técnico. En su lugar firma el titular de la contratista.*

Descargo y Análisis: *No ha variado la situación respecto de lo analizado en Informe Técnico N° 233/19. En las vistas fotográficas obrantes de fs. 660 a fs. 682, se había agregado una descripción a mano alzada con una firma ilegible, sin sello ni aclaración, por cuanto no podía determinarse a quién pertenecía. En el resto de la documentación continúan sin constar las firmas de profesional idóneo designado por la Contratista como Representante Técnico, correspondiendo mantener el incumplimiento.*

Conclusión: *se mantiene el Incumplimiento I.2., revistiendo el mismo carácter de* ***Incumplimiento formal salvable.***

Incumplimiento I.3: ***Falta de incorporación de Garantía de Obra:*** *En las tres contrataciones analizadas.*

Descargo y Análisis: *De acuerdo a lo considerado en punto C.3. del presente, no se verifica aporte de ninguna documentación nueva. Por lo antes expuesto, corresponde mantener el incumplimiento.*

Conclusión: *se mantiene el Incumplimiento I.3., revistiendo el mismo carácter de* ***Incumplimiento sustancial insalvable*** *a esta altura del procedimiento.*

Requerimiento R.1.: *De acuerdo a lo analizado en punto A.8. del presente, se requiere incorporar Planos de Plantas, Cortes, Vistas, Planillas, etc., que contengan información que permita identificar los sectores intervenidos, sus*

dimensiones y especificaciones técnicas que permitan establecer las características de ejecución de trabajos pretendidas, con el objeto de poder realizar el análisis correspondiente a ésta área de control.

Descargo y Análisis: *De acuerdo a lo considerado en punto C.2. del presente, se agrega solamente a fs. 1179, un croquis indicativo de los sectores intervenidos, resultando esta documentación incompleta e insuficiente para poder realizar el análisis correspondiente a ésta área de control.*

Conclusión: *El requerimiento R.1.* ***no fue cumplido****, por cuanto continúa sin poder realizarse el análisis correspondiente a esta Área Técnica, revistiendo el mismo carácter de* ***Incumplimiento sustancial insalvable*** *en esta instancia.*

Requerimiento R.2.: *En las planillas de Cómputo y Presupuesto Oficial, consignar los valores unitarios de los ítems y parciales de los rubros, como sustento base para arribar al Presupuesto Oficial.*

Descargo y Análisis: *De acuerdo a lo considerado en punto C.3. del presente, no se verifica aporte de ninguna documentación nueva. Por lo antes expuesto, corresponde dar por* ***no cumplido*** *el Requerimiento.*

Conclusión: *El requerimiento R.2. no fue cumplido, revistiendo carácter de* ***Incumplimiento sustancial insalvable*** *a esta altura del procedimiento.*

Requerimiento R.3.: *"De acuerdo a lo analizado en punto A.8. del presente, se requiere Informe que explique con claridad la causa real de la impugnación de la oferta más económica correspondiente a la obra: Refacciones en Ministerio de Educación – Ushuaia.*

Descargo y Análisis: *De acuerdo a lo considerado en punto C.3. del presente, no se verifica aporte de ninguna documentación nueva, por cuanto no ha variado la situación respecto de lo analizado en Informe Técnico Nº 233/19. Por lo antes expuesto corresponde mantener la observación.*

Conclusión: *Al no subsanarse la impugnación indebida de la oferta ni brindarse descargo alguno, este requerimiento incumplido se trata de un* ***Incumplimiento sustancial insalvable*** *a esta altura del procedimiento".*

Finalmente, el Auditor Fiscal Subrogante, C.P. Mauricio IRIGOITIA, por Informe Contable Nº 359/2019, Letra: T.C.P. - A.O.P., indicó que: "(…) ***Procedimiento de Control Posterior s/ Res. Plenaria Nº 122/2018***

3.3.1. Incumplimientos formales:

Respecto del Acta de Constatación Nº 57/18, la observación Nº 3 reviste carácter de incumplimiento formal, atento a verificar que las facturas detalladas en el acta, si bien están conformadas, en las mismas no queda constancia de la fecha y lugar de conformidad.

Respecto del Informe Técnico N° 204/18, se informa que reviste carácter de incumplimiento formal el N° 2, correspondiente a la falta de firma del representante técnico de la empresa y el incumplimiento N° 3, el cual se refiere a la falta de incorporación de garantías de obra.

3.3.2. Incumplimientos sustanciales

Respecto del Acta de Constatación N° 57/18, se considera que la observación N° 2 reviste carácter de incumplimiento sustancial, por cuanto la misma se refiere a la no verificación de la difusión de las contrataciones directas.

Respecto del Informe Técnico N° 204/18, es importante destacar que se detectó un incumplimiento de carácter sustancial, a raíz de verificarse la falta de documentación gráfica que permita constatar las cantidades contratadas, así como las especificaciones técnicas, en virtud de definir el alcance de los trabajos a realizar.

Por otra parte, respecto de los tres requerimientos efectuados, no se ha dado cumplimiento a la totalidad de ellos, por lo que se considera que devienen en incumplimientos sustanciales, a destacar la falta de incorporación de planos, y demás información que permita identificar los sectores intervenidos, sus dimensiones y especificaciones técnicas que permitan establecer las características de ejecución de trabajos pretendidas, con el objeto de poder realizar el análisis correspondiente por parte de este órgano de control. Asimismo, se ha solicitado que en las planillas de Cómputo y Presupuesto Oficial, se consignen los valores unitarios de los ítems y parciales de los rubros, como

sustento base para arribar al Presupuesto Oficial. Finalmente, se solicitó se informe con claridad la causa real de la impugnación de la oferta más económica correspondiente a la obra: Refacciones en Ministerio de Educación – Ushuaia.

Es importante destacar que la Documentación Técnica que debe definir acabadamente el objeto y alcance de la contratación (Planos, Especificaciones Técnicas, etc.), no se encuentra o se incorporó incompleta. Por lo tanto, los trabajos contratados no tienen suficiente respaldo documental, desconociéndose si las cantidades y los precios de la Planilla de Cómputo y Presupuesto se corresponden con la realidad. Las observaciones de este tipo, realizadas revisten de suma importancia porque se han dispuesto fondos que no han sido rendidos de manera íntegra.

3.3.3 Normativa incumplida

Respecto del Acta de Constatación N° 57/18:

Observación 2: *Incumplimiento a lo establecido en el Art. 34 de la Ley Provincial N°1015.*

Observación 3: *incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución C. Gral. N° 09/12 Anexo I Punto IV. a) y b).*

Respecto del Informe Técnico N° 204/18:

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO 1709

Incumplimiento 1: *Falta de Documentación Gráfica con información. Este tipo de incumplimiento genera que no se puedan definir los parámetros de análisis por parte de éste Órgano de Control.*

Incumplimiento 2: *Falta de firma del Representante Técnico de la Empresa, el presente incumplimiento es consecuencia de la falta de la incorporación de un Pliego de Bases y condiciones que establezca las pautas a cumplimentar en contrataciones de obras de éste tipo.*

Incumplimiento 3: *Falta de incorporación de Garantía de Obra, incumplimiento al art. 21 de la Ley de Obras Públicas Nº 13.064.*

Respecto de los Requerimientos Nº 1, Nº 2 y Nº 3, es importante destacar que los mismos se realizan en virtud de la falta de incorporación de información.

Requerimiento 1.: ***S****e requiere incorporar Planos de Plantas, Cortes, Vistas, Planillas, etc., que contengan información que permita identificar los sectores intervenidos, sus dimensiones y especificaciones técnicas que permitan establecer las características de ejecución de trabajos pretendidas, con el objeto de poder realizar el análisis correspondiente a ésta área de control.*

Requerimiento R.2.: *En las planillas de Cómputo y Presupuesto Oficial, consignar los valores unitarios de los ítems y parciales de los rubros, como sustento base para arribar al Presupuesto Oficial.*

Requerimiento R.3.: *Se requiere Informe que explique con claridad la causa real de la impugnación de la oferta más económica correspondiente a la obra: Refacciones en Ministerio de Educación – Ushuaia.*

3.3.4 Acto Administrativo

Resolución Sec.S.P N° 012/18, suscripto por Ing. Martín I. GESSAGA, Secretario de Servicios Públicos del Gobierno de Tierra del Fuego, mediante la que se resuelve aprobar la rendición parcial N° 4 del Fondo Permanente.

3.3.5 Agentes responsables

- *Prof. Luis Alberto VAZQUEZ, Ministro de Obras y Servicios Públicos*

- *Ing. Martín I. GESSAGA, entonces Secretario de Servicios Públicos del Gobierno de Tierra del Fuego.*

- *Nestor Eduardo BARRIENTOS, Secretario de Infraestructura Edilicia.*

- *Jorge Raúl REJAS, Subsecretario de Servicios Públicos.*

- *Sergio LAZARTE, Director de Servicios Públicos Zona Sur.*

Agentes Responsables del Fondo Permanente, designados por Resolución MoySP Nº 26/18:

- *ARROYO, María José*
- *LAGOS, Jorge Alejandro*
- *JIMENEZ, Osvaldo Daniel*
- *FABAZ, Angela Manuela*

3.3.6 Presunto perjuicio al erario público

En términos de analizar el posible perjuicio patrimonial al Estado Provincial, se destaca que no es posible su detección y, por ende, su cuantificación, por cuanto la falta de información en contrataciones de este tipo imposibilita a este órgano de control externo, a implementar un control eficiente respecto de la aplicación de los fondos públicos.

4 Conclusión

En lo que respecta a las actuaciones en las que se han detectado apartamientos normativos, considero que correspondería aplicar sanciones a los funcionarios y/o agentes responsables como consecuencia de su falta de apego a las normas. Al respecto, se aclara que en sendas oportunidades se solicitó la información o documentación respectiva, sin perjuicio de lo cual no se han subsanado los reparos, denotando la reticencia a brindar descargos. Es por lo mencionado y por que se considera que los mismos revisten carácter de insalvables a esta altura del procedimiento de control.

A propósito de este último punto y conforme lo indicado en el punto 3.3.2, se menciona en Resolución Plenaria Nº 103/15 que: '...al encontrarse ejecutado el acto y ser imposible su corrección por cuanto no se puede volver en el tiempo para sanear cuestiones estrictamente relacionadas con su oportunidad, es decir, con fechas, la ley especial en la materia y aplicable al caso encuadra a estos acontecimientos como 'incumplimientos normativos', dotando al Tribunal de Cuentas de una potestad sancionadora con el objeto de evitar que estos incumplimientos se repitan en el futuro'.

Con relación a los apartamientos formales indicados en el punto 3.3.1, se menciona en Resolución Plenaria Nº 103/15 que: '...los apartamientos formales revelados en los reparos señalados, constituyen sin más una falta de apego a las normas, cuya entidad, si bien podrían dar lugar a la imposición de sanciones, entendemos que dado el marco contractual involucrado, las circunstancias del caso y la falta de perjuicio fiscal para este tipo de observaciones formales, corresponde en esta oportunidad formular sendas recomendaciones a las autoridades involucradas, haciéndose saber que en el futuro deberán extremar los

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 178

recaudos para evitar este tipo de transgresiones a la ley bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones.'

Atento a todo lo mencionado ut supra, y habiendo dado la posibilidad al cuentadante de incorporar la información necesaria a los fines de que este Tribunal de Cuentas efectúe el control respectivo en la aplicación de los fondos públicos, y en virtud a la falta de diligencia por parte del Ministerio auditado en dar cumplimiento a lo requerido reiteradamente por este Área de Auditoría Externa, quien suscribe entiende que subsisten los incumplimientos, y que se han aportado al expediente y detallado en el presente informe todos los elementos necesarios para que, en su carácter de Secretario Contable opine, salvo mejor y elevado criterio, respecto a la procedencia de aplicar la sanción prevista en el artículo 4º inc. h) de la Ley Provincial Nº 50".

En esa inteligencia, por Informe Contable Nº 364/2019, Letra: TCP-SC, el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David BEHRENS, elevó las actuaciones, dado que en su opinión, estarían habilitadas las facultades previstas en el artículo 4º inciso g) y h) de la Ley provincial Nº 50.

II. ANÁLISIS

Primeramente, corresponde destacar que las presentes actuaciones deben encuadrarse en el marco del Control Posterior, siendo de aplicación la Resolución Plenaria Nº 122/2018, que aprobó el procedimiento respectivo. En los considerandos de ese acto, se explicó que: "(...) *este tipo de control, se vincula con*

el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y el ejercicio de la potestad sancionatoria (...)".

En este orden de ideas, atento a que la Disposición propone el ejercicio de las competencias del artículo 4°, inciso h) de la Ley provincial N° 50 -reglamentado por el Decreto provincial N° 1917/1999- corresponde determinar las pautas temporales para la aplicación de eventuales sanciones por parte de este Tribunal.

La potestad sancionatoria de este Órgano de Control, encuentra su fundamento en la necesidad de cumplimentar su cometido sobre los organismos que se encuentran bajo su fiscalización (conf. Superior Tribunal de Justicia en *"Aguirre"* y *"Toledo Zulmelzu"*).

Conforme los lineamientos seguidos por el Superior Tribunal de Justicia, en el fallo *"Blazquez, Daniel c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo"*, se sienta el criterio relativo a fijar el *dies a quo* de la potestad sancionatoria, a partir del día siguiente al de la publicación del acto o del ingreso de las actuaciones a este Órgano de Control, lo que suceda primero en el tiempo.

Asimismo, en los autos caratulados: *"Tribunal de Cuentas c/ Santamaría, Felix Alberto s/ Ejecutivo"*, del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial Sur, se fijó la pauta en función de la cual el plazo del artículo 75 era aplicable no sólo para la acción de responsabilidad patrimonial,

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
Nº 129

sino también para la aplicación de multas a los agentes estatales, toda vez que ambos supuestos se desprenden de la interpretación del artículo 44 de la citada ley.

La mentada jurisprudencia fue adoptada por el Cuerpo de Miembros de este Tribunal de Cuentas mediante el Acuerdo Plenario Nº 1744.

Ahora bien, teniendo en cuenta el sello impuesto en la caratula del expediente remitido (19/09/2018) y la fecha de publicación de la Resolución Secretaría de Servicios Públicos Nº 12/2018 (14/08/2018), se vislumbra que se encontrarían excedidas las pautas temporales para la posible aplicación de sanciones por parte de este Órgano de Control.

No obstante lo expuesto y considerando que los expedientes sujetos a análisis se encuentran en el marco del control posterior, es prudente advertir lo dispuesto por la Resolución Plenaria Nº 122/2018, que en su parte pertinente reza: "(…) ***1.1.1 Incumplimientos formales:***

Son aquellos incumplimientos administrativos que por sí mismos no constituyen perjuicio al erario público provincial (…).

1.1.2 Incumplimientos sustanciales:

Se vinculan con incumplimientos y faltas graves que podrían traer aparejado un perjuicio al erario público o un grave apartamiento normativo no incluido en ***1.1.1****.*

(…) ***1.4.2 No subsanación de deficiencias sustanciales:***

En caso de que no se hubieran subsanado los incumplimientos administrativos advertidos en la Acta de Constatación del punto 1.3., el Auditor Fiscal elevará a la Secretaría Contable dentro del plazo de tres (3) días un Informe en donde expondrá de manera clara y fundada:

1.4.2.1 Distinción de incumplimientos formales y sustanciales:

Deberá diferenciar los incumplimientos formales de aquellos que revisten el carácter de sustanciales.

1.4.2.2 Normativa incumplida:

Indicar cuál es la norma o las normas transgredida.

1.4.2.3 Acto Administrativo:

A través de qué actos y/u omisiones se produce la transgresión el incumplimiento y/o daño.

1.4.2.4 Agentes responsables:

Indicar quién/es es/son el/los agente/s o funcionario/s responsable/s en función de las actuaciones".

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
Nº 1210

Aclarado lo anterior, vale advertir que por el Informe Contable Nº 359/2019, Letra: T.C.P. - A.O.P., se determinaron los incumplimientos formales, los sustanciales, la normativa incumplida y los agentes responsables de dichos incumplimientos.

El mentado informe, fue compartido por el Auditor Fiscal A/C de la Secretaría Contable, C.P. Rafael A. CHORÉN, a través de su similar Nº 345/2019, Letra: T.C.P. - S.C., por el que concluyó: "(...) *se elevan las actuaciones ya que en mi opinión quedarían habilitadas las facultades previstas en el artículo 4º inc. h) de la Ley Provincial Nº 50 a los responsables citados* (...)".

Adentrándome en el análisis de los incumplimientos normativos determinados, es dable tener en cuenta lo siguiente.

En primer lugar, respecto del incumplimiento del artículo 34 de la Ley provincial N°1015, cabe poner de relieve que este dispone que: *"Publicidad y Difusión. La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el Boletín Oficial de la Provincia y en un diario de circulación masiva en cada ciudad de la Provincia.*

La cantidad de días de publicación tendrá relación con los montos previstos para la contratación en las condiciones que se fijen en la reglamentación de la presente ley.

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

(…) *Todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundirán por internet u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplace, en el sitio del Órgano Rector, en forma simultánea, desde el día en que se les comience a dar publicidad por el medio específico que se establezca en el presente o en la reglamentación o desde que se cursen las invitaciones y hasta el día de la apertura. Quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento las contrataciones directas encuadradas en el artículo 18, incisos b), d) y h)* (…)".

Dicho artículo fue reglamentado por el Anexo I del Decreto provincial N° 79/2015.

Asimismo, es la propia Carta Magna la que contempla la difusión al indicar: *"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".*

De este modo, conviene efectuar algunas consideraciones, en torno al principio de publicidad en los procesos de contratación llevados adelante por el Estado.

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

Destacada Doctrina, ha señalado: *"Desde otra perspectiva, es de destacar que en el estado actual de evolución de las normas sobre transparencia de los actos de gobierno, el principio de publicidad y difusión de las actuaciones en las que tramitan procedimientos contractuales rige con igual estrictez en todos los procedimientos de selección; de tal suerte, no cabe flexibilizar este principio ni siquiera en la contratación directa* (…) (RODRIGUEZ, María José, *Reglamento de Contrataciones de la Administración Nacional,* Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2013, pág. 90).

En efecto, de lo expuesto se desprendería la importancia que recae sobre este principio y su debido cumplimiento.

Por otro lado, en relación con lo indicado en cuanto al incumplimiento de lo dispuesto en la Resolución Contaduría General Nº 9/12 Anexo I Punto IV. a) y b), es dable advertir que esta prescribe lo siguiente: *"IV. RECEPCIÓN DEL BIEN O SERVICIO. a) Una vez recibido el bien o servicio contratado, se deberá incorporar al expediente la documentación que lo acredite, así como la factura o ticket conformada por el agente de planta permanente del área generadora que recepcionó el requerimiento. La conformidad sobre la documentación mencionada precedentemente constituye la acreditación necesaria y suficiente de recepción de*

bienes o servicios adquiridos a excepción de los casos que, por las características de sus prestaciones requieran además de la presentación de informes técnicos que avale la adquisición o prestación de los mismos.

b) Los comprobantes indicados se acompañaran de los remitos pertinentes en los casos en que éstos sean indispensables por la modalidad de entrega de bienes y en un todo de acuerdo con lo dispuesto por la AFIP referente a la materia. El mencionado agente dejará constancia de la fecha y lugar en que la conformidad mencionada en el punto a) se practica. Las facturas deberán ser del tipo B, C o E a nombre del Gobierno de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, consignando el precio unitario, descripción del bien o servicio prestado, unicamente en original, legible y sin roturas".

Tal como fuera detallado, por el Auditor Fiscal Subrogante, C.P. Mauricio IRIGOITIA, las facturas al momento de ser conformadas no indicaban fecha ni lugar.

De este modo, resultaría pertinente recomendar que para futuras contrataciones se tuviera en cuenta la observación realizada, dado que de esta forma se dejaría debida constancia de la recepción de los servicios contratados.

Por su parte, cabe precisar que -en cuanto a la falta de incorporación del Pliego de Bases y Condiciones que establezca las pautas a cumplimentar- el máximo órgano asesor de la Administración Nacional, la Procuración del Tesoro de la Nación, ha expresado que: *"El pliego de Bases y Condiciones es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el*

procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución" (PTN Dictámenes 253:167).

La importancia aquí radica, en que para una contratación el pliego configura la ley de esta y sus cláusulas son obligatorias para todos los oferentes, incluso para la Administración. Es el que determina la identidad del objeto de la contratación.

En efecto, toda vez que a partir de éste se especifica el objeto, el tramite a seguir en el procedimiento de selección y todas aquellas disposiciones que regulen la ejecución del contrato, resultaría considerable que para próximas contrataciones sea previsto. Ello, en razón de que cuando la administración confecciona sus pliegos "(…) *lo hace de manera unilateral y exclusiva, y la circunstancia de que los licitantes, al formular sus ofertas deben hacerlo con estricta sujeción a esos pliegos* (…)" (Dictámenes PTN 178:18).

Desde otra arista, vale traer a colación lo manifestado por el Auditor respecto de la falta de incorporación de la garantía de obra, incumpliendo lo establecido por el artículo 21 de la Ley de Obras Públicas Nº 13064.

Cabe poner de relieve, que el mentado artículo reza: "*Entre la administración pública y el adjudicatario se firmará el contrato administrativo de obra pública y éste afianzará el cumplimiento de su compromiso mediante un depósito en el Banco de la Nación Argentina por un 5% del monto del convenio,*

en dinero o en títulos o en bonos nacionales, al valor corriente en plaza, o bien mediante una fianza bancaria equivalente, a satisfacción de la autoridad competente. Dicha fianza será afectada en la proporción y forma que se establece en los artículos 26, 27 y 35.

Se podrá contratar la obra con el proponente que siga en orden de conveniencia, cuando los primeros retiraran las propuestas o no concurriesen a firmar el contrato.

Formarán parte del contrato que se subscriba, las bases de licitación, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y demás documentos de la licitación.

Para las contrataciones que no excedan de $ 69.000 la garantía podrá ser constituida por pagaré, el que deberá ser avalado o afianzado a satisfacción del organismo licitante, cuando supere el monto de $ 100.000'.

A propósito de ello, la Doctrina ha expresado: "*La garantía prevista en este artículo, irrenunciable para la Administración y de constitución obligatoria , afianza el exacto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones contractuales del empresario, hasta la culminación de la obra y su recepción definitiva sin observaciones por parte del comitente*" (Ricardo Tomás DRUETTA y Ana Patricia GUGLIELMINETTI, *Ley 13064 de Obras Públicas*, Comentada y Anotada, Ed. Abeledo Perrot, 2008, pág. 164).

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO 1213

En tal andarivel, puede advertirse que la garantía viene a proteger y afianzar el cumplimiento del contrato y las responsabilidades que de él pudieran derivar para el contratista.

Para concluir, considero importante hacer hincapié en la utilización de los Fondos Permanentes, comenzando -en consecuencia- por la normativa que los regula.

Así, la Ley provincial Nº 495 en su artículo 78 reza: "*Los organismos de los tres poderes del Estado y la autoridad superior de cada una de las entidades descentralizadas que conformen la Administración provincial, podrán autorizar el funcionamiento de fondos permanentes y/o cajas chicas, con el régimen y los límites que establezcan en sus respectivas reglamentaciones.*

A estos efectos, las tesorerías o delegaciones de la Tesorería General correspondientes podrán entregar los fondos necesarios con carácter de anticipo, formulando el cargo correspondiente a sus receptores. La Contaduría General de la Provincia será el organismo que establezca para todo el ámbito de la Administración Pública provincial, los requisitos, procedimientos, plazos y métodos de rendición, montos máximos y sistemas de renovación a los fines de su correcta administración".

A su vez, el Decreto provincial N° 699/2004, artículo 6° indicó que: "*La ejecución de gastos mediante fondos permanentes es un procedimiento de excepción; limitado a casos que no permitan la tramitación normal del documento*

de pago; por consiguiente, tanto la clase del gasto como el monto de la asignación responderán a un criterio restrictivo".

Esto fue luego modificado, por su similar el N° 175/2012, que estableció que la constitución del Fondo Permanente tendrá por objeto: " (...) *cubrir las necesidades de funcionamiento del Estado Provincial atendiendo los preceptos de economía, eficiencia y eficacia en la ejecución del gasto*" (artículo 3°).

Además, en su artículo 4° dispuso: "*Otorgar a las jurisdicciones y entidades que así lo requieran por sus necesidades, fondos permanentes en concepto de gastos de funcionamiento; pasajes, viáticos y racionamiento; combustibles y lubricantes; emergencias penitenciarias; víveres para el servicio penitenciario; atención de comedores escolares; funcionamiento de edificios educativos; reparación y mantenimiento de edificios públicos; cobertura médica asistencial y/o sanitaria de pacientes sin cobertura social; por los motivos expuestos en el exordio y otros destinos que pudieran surgir* (...)".

Por su parte, tal como expresamente lo prevé en su artículo 2°: "(...) *se podrán constituir Fondos Permanentes hasta la suma de PESOS SEISCIENTOS MIL ($600.000,00). Dicho monto podrá ser ampliado cuando el máximo responsable de la jurisdicción realice el requerimiento por razones suficientemente fundadas* (...)".

Sentado lo anterior, debe asimismo considerarse que la creación de un Fondo Permanente implica la reposición de lo gastado, circunstancia sobre la que

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
Nº 124

ya se expidió este Tribunal de Cuentas por Informe Legal N° 328/2012 Letra: T.C.P.-C.A.

Finalmente, es dable tener en cuenta lo indicado en relación a que la modalidad de pago realizada a través de un Fondo Permanente no obsta al cumplimiento del procedimiento de contrataciones que corresponda.

La Jurisprudencia es clara en este sentido, al indicar que: *"El agravio de los recurrentes contra la sentencia de Cámara -en cuanto a que la contratación de los servicios del hotel afectó las pautas legales y reglamentarias del procedimiento de selección de contratistas- por el cual los actores plantean que la creación del 'Fondo Permanente de Emergencias' exime a la autoridad administrativa de sujetar la contratación a las exigencias de la ley de contabilidad, en particular a la exigencia de tres cotizaciones de precios a recabarse por la Administración en el procedimiento de contratación directa, no puede prosperar. La situación de urgencia para realizar el contrato, prevista como regla general para estas prestaciones en la Ordenanza nro. 41110 y la creación del 'Fondo Permanente de Emergencias', no eximía a la Administración de dar cumplimiento a las exigencias del decreto-ley nro. 23.354/56 (Ley de Contabilidad) para la contratación directa, en especial el inciso 10 del decreto nro. 5720/72, que, al reglamentar el art. 62, prevé que, en los casos de urgencia, 'se solicitará oferta a tres casas del ramo, dejándose constancia, en caso contrario, de las razones que impidieron proceder así'"* [TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES *"Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/ GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido"* y su

acumulado expte. Nº 2565/03 *"Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/ GCBA (Sub-secretaría de Acción Social) s/ cobro de pesos s/ recurso de apelación ordinario concedido"* SENTENCIA del 26 de Mayo de 2004].

A propósito de ello, tal como se desprende de las actuaciones tenidas a la vista la presente contratación no contó con el respectivo procedimiento ni con un convenio propiamente dicho que fuera debidamente suscripto por las partes, no obstante, los trabajos habrían sido realizados y abonados.

Sobre el particular, la Doctrina tiene dicho que: "(...) *Del concepto de contrato administrativo que se desprende del Reglamento de Contrataciones y de la jurisprudencia de la CSJN no es dable inferir que el elemento 'forma' constituya un requisito esencial para la existencia del contrato.*

No obstante ello, sería apresurado sostener que los requisitos formales que es dable exigir en la contratación pública, tanto en el momento de celebrar el acuerdo de voluntades como, antes que ello, en oportunidad de seleccionar el mejor oferente y, aun antes, en ocasión de establecer la existencia de previsión presupuestaria para afrontar el convenio, resultan neutros para la validez del contrato.

Antes bien, una lectura atenta de la jurisprudencia de la CSJN en los últimos años conduce, en nuestro concepto, a una conclusión exactamente opuesta: el elemento forma ha adquirido una relevancia tal vez impensable tiempo atrás. Y su violación acarrea consecuencias gravísimas para el contratista en un

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 125

aspecto de suma importancia para sus intereses, esto es, el derecho al cobro de las prestaciones realizadas.

(…) ***6.3. Caso 'Ingeniería Omega': el enriquecimiento sin causa como fuente de la obligación***

La última sentencia del año 2000 trajo novedades en la materia, pues, además de tratarse la inexistencia del contrato, se hizo mención a la posibilidad de reconocer el derecho del contratista con fundamento en la teoría del enriquecimiento sin causa.

La Cámara Civil había confirmado un fallo de primera instancia que condenó al actual Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al pago de una suma de dinero por los trabajos, reparaciones y suministros efectuados por la actora en el Hospital Cosme Argerich. Fundamentó la procedencia de ese pago en la teoría del enriquecimiento sin causa.

(…) *sería dable inferir de este precedente que si el contratista sostuviere como fuente de su derecho el enriquecimiento sin causa, debería iniciar una acción específicamente destinada a probarlo (y no una de cobro de pesos o reconocimiento de derechos emanados del contrato, pues éste no existe) o bien, al menos, invocar en subsidio el enriquecimiento en la acción por incumplimiento contractual, con la carga de acreditar tanto el enriquecimiento del contratante como el empobrecimiento propio.*

Merece recordarse, a efectos de ubicarnos sumariamente en el instituto del enriquecimiento sin causa, que la doctrina privatista ha reconocido que éste es fuente de obligaciones y fundamentos de la acción por restitución; que no es admisible cuando la ley otorga al empobrecido otros medios para ser indemnizado y que son requisitos indispensables para su procedencia: a) el enriquecimiento del demandado, b) el empobrecimiento del actor, c) el nexo causal entre empobrecimiento y enriquecimiento y d) la falta de causa lícita que justifique el enriquecimiento. Asimismo, el límite de la restitución viene dado por el enriquecimiento o por el empobrecimiento, el que resulte menor.

(...) *Como es dable observar, el enriquecimiento sin causa constituye una fuente de obligaciones de carácter subsidiario o residual, por lo que el actor no debe contar con otro medio o acción para obtener la indemnización. Además, en el plano sustancial, exige acreditar el enriquecimiento, el empobrecimiento y la relación de causalidad, alcanzando la restitución sólo al que resulte menor. Por último, a nuestro juicio es razonable el requisito de la ausencia de mala fe o culpa en el empobrecido, aunque estimamos que la presunción de conocimiento del vicio debe ser sólo iuris tantum y refutable por prueba en contrario. Entendemos que no es dable, pues, predicar una ecuación necesaria entre la condición de contratista y la de especialista en el conocimiento de los trámites y procedimientos estatales, dependiendo ello de factores diversos que deberán ser sopesados en cada caso por los tribunales.* (...)" [CANDA, Fabián O., *"La importancia del elemento forma en el contrato administrativo (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación)"*, en la obra colectiva *Cuestiones de Contratos Administrativos, en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira,* Jornadas organizadas

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO Nº 1216

por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007-].

En tal andarivel, resulta prudente tener en cuenta que -en este caso- las prestaciones se han efectuado, más allá de haberse omitido procedimientos esenciales que luego serían determinantes para el vínculo contractual de las partes.

Entonces, en casos como el que se suscita y con el objeto de que no exista un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración y el consiguiente empobrecimiento de quien presta el servicio, toda vez que no se respetó la normativa provincial en materia de contrataciones, considero relevante lo dicho por este Tribunal de Cuentas en el Acuerdo Plenario Nº 2370.

Específicamente, en el mentado instrumento se expresó que: "(...) *en relación con la procedencia de los pagos cuando de las actuaciones surgiesen verificadas las prestaciones, aun en el supuesto de la inexistencia de contrato, con base a la figura del enriquecimiento sin causa en favor del Estado, este Organismo de Control se ha expedido a través de la Resolución Plenaria Nº 226/12, en que se indicó:*

'En relación con la figura del enriquecimiento sin causa en el marco de los contratos administrativos y su relación con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus precedentes, entre ellos, la causa 'Ingeniería Omega', cabe hacer referencia a la exposición realizada por la Dra. Laura MONTI (Procuradora ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación) en el marco de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo celebradas

en la ciudad de Mendoza en el año 2007, quien al respecto (…) hizo referencia a una causa más reciente 'Cardiocorp' indicando al respecto que: 'la Corte en su composición actual tuvo opiniones divergente sobre el tema, a saber: a) corresponde pagar a quien realizó prestaciones a la Administración sobre la base del enriquecimiento sin causa; b) debe seguirse, en lo sustancial, la jurisprudencia que surge del caso 'Ingeniería Omega'; c) la sentencia de cámara que reconoció la responsabilidad estatal con base en la institución citada queda firme, por aplicación de la fórmula del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación'.

De lo expuesto se deduce, como señalamos al principio, que la Corte sigue considerando que es posible fundar una acción de responsabilidad estatal en el enriquecimiento sin causa de los órganos públicos' .

Una vez sentado ello, señaló: '...Este reconocimiento no implicará eludir sino, antes bien, sancionar a los funcionarios que, eventualmente, pueden haber intervenido ...'

Así las cosas, en base al análisis efectuado, resulta dable concluir que resulta viable cancelar el pago en favor de los particulares cuando, a pesar de no haberse suscripto un convenio, resulte acreditada la efectiva contraprestación en favor de la Administración. Sin embargo dichos pagos tendrán su fundamento en la figura del enriquecimiento sin causa y no en un vínculo contractual'".

Lo apuntado pone de relieve que, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, la Administración no podría enriquecerse

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
Nº 124

ilegítimamente de una prestación percibida aún en el marco de la irregularidad en la que fue desarrollada la contratación.

En virtud de todo lo hasta aquí expuesto, teniendo en cuenta la gravedad de los incumplimientos detallados en el Informe Contable Nº 359/2019 Letra: T.C.P.-A.O.P., pero considerando que se encuentran excedidas las pautas temporales sólo ameritaría en esta instancia efectuar sendas recomendaciones.

III. CONCLUSIÓN

En función de lo expuesto, se comparte el criterio vertido en relación a la determinación de los incumplimientos detectados y la identificación de los agentes responsables de dichos incumplimientos.

De este modo, resultaría pertinente recomendar que para futuras contrataciones se tuvieran en cuenta las observaciones y las recomendaciones realizadas, dado que de esta forma se dejaría debida constancia de la recepción de los servicios contratados.

Finalmente, conforme lo dispuesto por el Auditor Fiscal A/C de la Secretaría Contable, C.P. Rafael CHORÉN, teniendo en cuenta la instancia de control posterior, atento a que *prima facie* no se observaría un presunto perjuicio fiscal y los apartamientos normativos ya no tendrían posibilidad de ser subsanados, cabría meritar por parte del Cuerpo Plenario, el ejercicio de las facultades previstas para este Órgano de Control, en el artículo 4º incisos g) de la Ley provincial Nº 50.

En mérito de las consideraciones vertidas, se elevan las actuaciones para la continuidad del trámite.

Andrea Vanina DURAND
Abogada
Mat. Nº 719 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO N° 1118

Ushuaia, 17 de diciembre de 2019

AL VOCAL DE AUDITORÍA
C.P.N. HUGO SEBASTIÁN PANI

Comparto los términos vertidos por la Dra. Andrea DURAND en el Informe Legal Nº 250/2019 Letra: TCP-CA. En virtud de ello, giro las actuaciones para la continuidad de su trámite.

Dr. Pablo E. GENNARO
a/c de la Secretaria Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia