

"2022 – 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Informe Legal N.º 192/2022

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

Cde: Expte. N.º 50126/2021

Ushuaia, 2 de agosto de 2022

SEÑORA COORDINADORA LEGAL

DRA. JULIA DE LA FUENTE

Viene a este Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, girados en razón de la sugerencia de la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA a los fines de que sea la Secretaría Legal la que determine los funcionarios responsables del incumplimiento sustancial señalado en el Informe Contable N.º 171/2022, Letra T.C.P.-A.O.P.

I. ANTECEDENTES

El procedimiento de contratación que se gestionó a través de las presentes actuaciones fue exceptuado del control preventivo a través de la Resolución Plenaria N.º 282/2021 del 20/10/2021, la cual compartió lo vertido en el Informe Legal N.º 281/2021 Letra: T.C.P. - C.A..

Luego de la adjudicación y dentro del plazo previsto, el 8 de noviembre de 2021 fue remitido a este Organismo de Control para su control posterior.

En este sentido, tomó intervención el área técnica, emitiendo el Informe Técnico N.º 325/2021 Letra: TCP – SC – AT (a fojas 1081) sin que se hayan formulado repáros. Posteriormente el área contable de G.E.O.P., labró el

Acta de Constatación TCP N.º 274/2021 – A.O.P. (Control Posterior – Adm. Central), obrante a fs. 1084, del 6 de diciembre de 2021, donde se dejaron plasmados 2 (dos) incumplimientos sustanciales, 1 (un) incumplimiento formal y 2 (dos) notas.

Posteriormente, el 17 de diciembre de 2021, con las intervenciones de las diversas áreas, la Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. Gabriela CASTILLO, remitió las actuaciones mediante Nota N.º 297/21 Letra: M.O.yS.P. con los respectivos descargos (a fojas 1101).

En consecuencia, el 20 de mayo de 2022, se realizó el Informe Contable N.º 171/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P. (a fojas 1102/1108), del que surge lo siguiente:

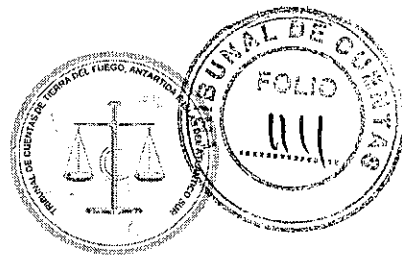
“4. Análisis

4.1. Incumplimientos sustanciales

Incumplimiento Sustancial N.º 1:

“Se verifica un Incumplimiento Sustancial en virtud al encuadre legal adoptado para la presente contratación, artículo 9º inciso c) de la Ley Nacional N.º 13.064, toda vez que, independientemente de las razones de urgencia invocadas en sendos documentos incorporados a las actuaciones, una vez avanzadas las actuaciones, los que responden a circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, se verifica que las presentes actuaciones iniciaron con fecha 06/01/2021 (invocando la necesidad de ampliar el establecimiento de manera prioritaria, para su utilización en el ciclo lectivo 2021), y recién en fecha 29/06/2021 se elevó el proyecto de obra y en fecha 19/08/2021 se generó la Nota de Pedido N.º 278.

Por lo expuesto, y atento al criterio sentado por este Órgano de Control mediante la Resolución Plenaria N° 167/2010, no correspondería la excepción dada



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

a la presente contratación en virtud que la emergencia invocada, se presenta como consecuencia del accionar de la presente Administración'.

- Descargo:

[...]

Todo ello, nos lleva a preguntarnos si la observación del Tribunal de Cuentas no es un exceso de rigorismo formal que se aleja de la finalidad misma del expediente (que es, ni más ni menos, que la ampliación de un establecimiento educativo de nuestra provincia antes del inicio del ciclo lectivo 2022) e inclusive resulta incompatible con el bienestar de la sociedad y de todos y cada uno de los habitantes de la Provincia, es decir, el interés público.

Aunque en el Acta de Constatación N° 274/2021 se referencia que se elevó el proyecto de obra en fecha 29/06/2021, lo cierto es que no se culminó con la documentación técnica necesaria hasta la remisión del expediente a la máxima autoridad del Ministerio a los fines de requerir la autorización para continuar el trámite. Ello se logró en fecha 18/08/2021, mediante el Proveído N.º 017/2021 agregado en el orden 60 del expediente digital.

Volvemos a apelar a las constancias fácticas y objetivas adunadas a la causa: se reciben las actuaciones en agosto, con un plazo de obra de 240 días... Entonces, ¿Cuál es el procedimiento de selección del oferente que mejor se ajusta a las necesidad de que el Colegio/Escuela esté listo para el inicio del ciclo lectivo 2022?, la respuesta es utilizar en éste caso, el procedimiento de excepción, que no es otro que la Contratación Directa.

Amén de ello, la diferenciación de ambos procedimientos se limita únicamente a la reducción de los plazos necesarios para lograr la contratación de los trabajos. Quedó demostrado que no se ha modificado la estructura del procedimiento, ni los requisitos para lograr la contratación (pudiendo corroborar

ello con la lectura de los Pliegos de Bases y Condiciones que se agregó a la presente Contratación Directa y cualquiera de los Pliegos de las Licitaciones Públicas) ni ningún otro aspecto que no sea el estrictamente enrostrado: lograr un procedimiento más acotado, pero sin escatimar en la eficacia y celeridad inherente a los expedientes de la administración.

[...]

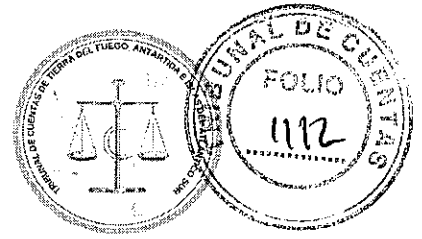
De lo expuesto surge que el principio del plazo razonable se ha aplicado al presente trámite administrativo, y no ha habido un retardo irrazonable. Para ello cabe traer a colación el análisis del caso *Lociser* efectuado por Ernesto Alberto Marce las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se resumen en:

- a) La complejidad del asunto
- b) La actividad procesal del interesado
- c) La conducta de las autoridades
- d) El análisis global del procedimiento.

Por lo tanto, del relato de los hechos surge claramente que la causal invocada para tramitar la selección del oferente por el procedimiento de excepción no es consecuencia del accionar de la administración. Los plazos son razonables para la tramitación del proyecto y por ende, la única forma de selección del oferente que permitiría contar con la escuela para el comienzo del próximo ciclo lectivo es el utilizado. En consecuencia, se solicita que en virtud del descargo se tenga por subsanado la deficiencia sustancial dado que la contratación administrativa satisface los propósitos de fin público a la que está destinada.' (Nota N.º 172/2021 Letra: UET – PODEMOS de fs. 1084).

- **Análisis:**

Antes de efectuar el análisis respectivo, vale hacer la aclaración que la presente observación surge en función a la documentación analizada en las



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

actuaciones, lo que no fue aportado por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos al momento de solicitarse la excepción del control preventivo.

Ahora sí en relación a los descargos aportados sustentan determinados hechos respecto de los cuales no se efectuaron cuestionamientos, además de intentar llevar a un plano de igualdad una contratación directa y una licitación pública, lo que no es compartido por la suscripta.

No obstante lo expuesto por la Mg. Ana Laura SANCHEZ SANTOS en relación a la voluntad de la administración de contar con la obra lista para el comienzo del ciclo lectivo 2022, situación que motivó la contratación mediante el procedimiento de excepción, resulta claro del propio expediente y de la documentación recabada de otras fuentes que el accionar posterior de la administración no guardó relación con la urgencia manifestada.

En primer lugar cabe poner de manifiesto que, como bien indica la Mg. SANCHEZ SANTOS la obra tiene un plazo de ejecución de 240 días, resultando inverosímil plantear que la misma podría haber sido finalizada con anterioridad al comienzo del ciclo lectivo 2022. Aún en el supuesto de que se hubiera comenzado el mismo día de su adjudicación, es decir el 14/10/2021, la obra no hubiera culminado sino hasta el 11/06/2022.

En esa línea, considerando como fecha de inicio del ciclo lectivo marzo 2022, y a los fines de contar con la obra terminada, la misma debería haberse iniciado a mas tardar en julio de 2021. Es por ello que se infiere que, al momento de elevarse la nota de pedido (19/08/2021), se conocía la imposibilidad de contar con la obra para el inicio de las clases en 2022.

Asimismo, no obstante la citada premura para contar con los trabajos finalizados al comienzo del ciclo lectivo 2022, hecho que motivó la presente Contratación Directa y la solicitud de excepción de control preventivo, no se

verifica la misma en el actuar posterior de la administración. Por cuanto habiendo sido suscripto el contrato el 25/10/2021, se conoce que al menos hasta el 23/11/2021 la obra no habría comenzado.

Cabe recordar lo establecido por Ley Provincial N.º 1015, Artículo 3, Inciso e) respecto del principio de Eficiencia y Eficacia, en tanto sobre estos dispone que “[...]los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad” (el resaltado es propio).

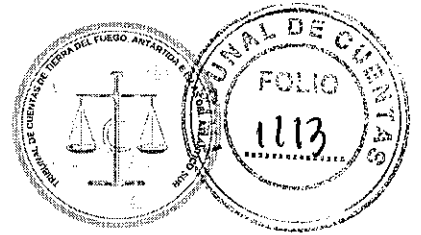
En virtud de lo expuesto, se concluye que la urgencia invocada no se vio reflejada ni en los pasos previos al inicio del llamado a contratación ni en el accionar posterior de la administración, quien no arbitró los medios necesarios a fin de dar pronto inicio a la obra, pudiendo en extremo entenderse que hubiera sido factible realizar el procedimiento de Licitación Pública sin que ello implique necesariamente mayores tiempos a los efectivamente incurridos en las presentes actuaciones. En esa línea, el presente incumplimiento se considera no subsanado, revistiendo el mismo carácter insalvable atento al avance de las tramitaciones.

Incumplimiento Sustancial N.º 2:

‘Se verifica un Incumplimiento Sustancial en función a que se ha procedido a desestimar la oferta presentada por la empresa Ambiente Sur Ingeniería SRL, sin dar los debidos fundamentos. Por un lado, el punto 2.7.2.2 invocado por parte de la Comisión Evaluadora de Ofertas no forma parte del Pliego de Bases y Condiciones, y por el otro, la oferta presentada no supera el límite establecido en el punto 1.4 del P.B y C., como tampoco se han efectuado observaciones técnicas de la misma, a diferencia de la oferta presentada por la firma Corporación Costa Sur SA.’

- *Descargo:*

‘Vamos a relacionar este punto con lo desarrollado en el acápite anterior: nos encontrábamos frente a una Contratación Directa por razones de



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

urgencia; la razón fundamental para optar por este procedimiento fue la necesidad de reducir los plazos del procedimiento de selección del oferente.

En el informe de la Comisión Evaluadora se concluye que la oferta es admisible (es decir, se adecúa a lo solicitado por el P.B.C) pero se desestima por ser un precio superior a la oferta de la firma Corporación Costa Sur S.A. La Comisión entonces optó por la Oferta que tenía un precio más conveniente y más bajo. El punto referenciado no es el 2.7.2.2 sino 2.7.2, - que por error se consignó un 2 en la numeración de esquema -, y por supuesto que la oferta de Ambiente Sur Ingeniería S.R.L no superó el 20% como el límite establecido en el punto 1.4 del P.B.C (ello mismo se verificó en el informe de la comisión evaluadora, nunca se discutió como una causal para desestimarla).

[...]

Ahora bien, conforme surge del Acta de Constatación en crisis, podría analizarse reemplazar el concepto desestimar por otro que no acarree interpretaciones equivocadas por parte de los operadores administrativos. Lo cierto es que la oferta de la empresa Ambiente Sur Ingeniería S.R.L. no fue seleccionada por ser su precio mas elevado, aún cuando su oferta no haya requerido correcciones, ello no le otorga una posición de privilegio en contra de las ofertas que requieran subsanar cuestiones no trascendentales.' (Nota N.º 172/2021 Letra: UET – PODEMOS de fs. 1084).

- *Análisis:*

Se toma conocimiento del descargo ofrecido. No obstante cabe poner de manifiesto que la desestimación tiene efectos jurídicos propios que podrían ver afectado el procedimiento que nos ocupa. Asimismo, se recuerda que la misión de la Comisión Técnica de Estudio de Ofertas es evaluar las propuestas y sus proponentes, establecer un orden de prelación de las propuestas admisibles y aconsejar al Comitente sobre la oferta más conveniente.

Ello por cuanto si la empresa a quien la comisión recomienda adjudicar no pudiese o no deseara finalmente realizar la obra, en el caso bajo análisis, no habría ofertas válidas para contratar tal como propone la Ley Nacional N.º 13.064, Capítulo III, Artículo 21, segundo párrafo.

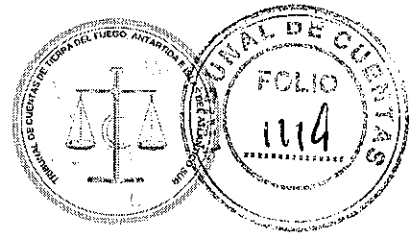
En función de lo actuado y dado el avance de las tramitaciones, sumado a que la oferta desestimada no resultaba la más económica, se mantiene el incumplimiento con carácter formal e insalvable.

Incumplimiento formal

Se deja constancia que el incumplimiento formal detectado ha sido incorporado en el Registro de Incumplimientos Formales de esta Delegación a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápito 1, Punto 1.1.1.. El mismo se transcribe a continuación para su conocimiento:

Incumplimiento Formal N.º 1:

‘En consonancia con lo indicado en el Incumplimiento Sustancial N.º 2, se verifica un incumplimiento a lo establecido en el Punto 17 del Anexo I del Decreto Provincial N.º 1391/2021, en tanto el Informe de la Comisión Evaluadora no determina el Orden de Mérito’.



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Conclusión

En virtud de lo expuesto en el apartado '4. Análisis', donde se expone puntualmente cada incumplimiento, con su descargo y análisis respectivo, se resumen las conclusiones obtenidas.

Respecto de los incumplimientos que no han sido subsanados, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

Normativa incumplida: Artículo 9º de la Ley Nacional N.º 13.064

Acto administrativo:

- Resolución M.O.yS.P. N.º 415/2020 (fs. 286 vuelta/365) que autoriza el llamado a Contratación Directa.
- Decreto Provincial N.º 2048/2021 (fs. 1034 vuelta/1038) mediante el cual se adjudica la Contratación Directa.

Agentes responsables: en caso de compartir criterio de los incumplimientos detectados en las presentes actuaciones, sugiero que los agentes responsables sean determinados por la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas.

Presunto perjuicio fiscal: el incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4".

Como consecuencia de este análisis, el 4 de julio de 2022 la Secretaría Contable giró el expediente a la Secretaría Legal, mediante la Nota Interna N.º 1685/2022, Letra TCP-SC, en estos términos:

"Por medio de la presente, me dirijo a usted, con el objeto de remitir las actuaciones de la referencia, habiéndose agregado a fs. 1102/1108 el

Informe Contable N.º 171/2022, Letra TCP-AOP, suscripto por la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA, en virtud de lo expresado en el punto 5, Conclusión-Agentes responsables: ‘en caso de compartir criterio de los incumplimientos detectados en las presentes actuaciones, sugiero que los agentes responsables sean determinados por la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas’.

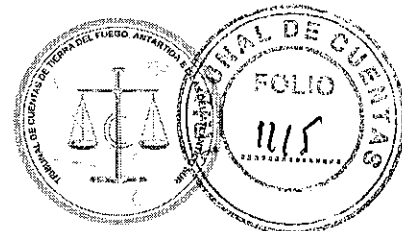
Asimismo, se solicita su intervención en materia de su incumbencia con relación al Incumplimiento Sustancial N.º 1 no subsanado a criterio de la auditora interviniente”.

II. ANÁLISIS

Considerando que la Secretaría Contable gira estas actuaciones a los fines de que *“en caso de compartir criterio de los incumplimientos detectados en las presentes actuaciones, sugiero que los agentes responsables sean determinados por la Secretaría Legal del Tribunal de Cuentas”* y que *“(…) solicita su intervención en materia de su incumbencia con relación al Incumplimiento Sustancial N.º 1 no subsanado a criterio de la auditora interviniente”*, corresponde hacer referencia a los incumplimientos sustanciales señalados en el Acta de Constatación N.º 274/2021, Letra: T.C.P.-A.O.P., del 6 de diciembre de 2021, a fin de emitir opinión legal al respecto.

Para responder a ello entiendo prudente analizar la situación a partir de la definición dada por este Tribunal de Cuentas respecto de los incumplimientos sustanciales, para verificar si el caso se subsume en ella y, si así fuese identificar a los responsables -sin perjuicio de que se trata de una tarea expresamente encomendada a los Auditores Fiscales-.

El Plenario de Miembros ha definido en la Resolución Plenaria N.º 122/2018 a los incumplimientos sustanciales como aquellos



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

"incumplimientos y faltas graves que podrían traer aparejado un perjuicio al erario público o un grave apartamiento normativo no incluido en 1.1.1" (punto 1.1.2 del Anexo I). El punto 1.1.1 define a los cumplimientos formales como "aquellos incumplimientos administrativos que por sí mismos no constituyen perjuicio al erario público provincial".

Agregado a ello, en el punto *"1.4 Descargos del cuentadante. Análisis. Informe Contable del Auditor Fiscal"* de la misma Resolución se resolvió que si el Auditor Fiscal, una vez recibido el descargo del cuentadante, evalúa que no se ha subsanado el incumplimiento sustancial, debe elevar a la Secretaría Contable, en el plazo de tres (3) días, un informe en el que debe exponer, entre otros asuntos: a) cuál es la norma transgredida (punto 1.4.2.2); b) cuáles son los actos u omisiones que producen el daño o la transgresión grave (punto 1.4.2.3); c) quiénes son los agentes responsables (punto 1.4.2.4); y d) hacer mención expresa si los incumplimientos normativos hacen presumir la existencia de perjuicio fiscal.

En el caso bajo estudio, no obstante lo establecido en dicho reglamento, se puede verificar que el Informe Contable N.º 171/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P., emitido el 20 de mayo de 2022 y girado a la Secretaría Legal el 4 de julio de 2022, mantiene sólo uno de los incumplimientos sustanciales, donde sostiene que el cuentadante no fue diligente respecto de la urgencia asignada al procedimiento de selección y la excepción al control preventivo solicitado por el Ministerio de Obras Públicas, en estos términos:

"(...) no obstante la citada premura para contar con los trabajos finalizados al comienzo del ciclo lectivo 2022, hecho que motivó la presente Contratación Directa y la solicitud de excepción de control preventivo, no se verifica la misma en el actuar posterior de la administración. Por cuanto

habiendo sido suscripto el contrato el 25/10/2021, se conoce que al menos hasta el 23/11/2021 la obra no habría comenzado.

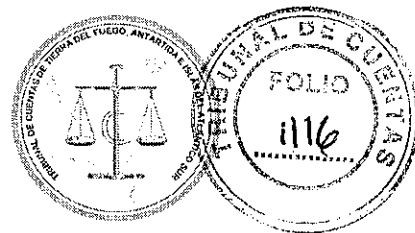
Cabe recordar lo establecido por Ley Provincial N.º 1015, Artículo 3, Inciso e) respecto del principio de Eficiencia y Eficacia, en tanto sobre estos dispone que **‘[...]los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad’** (el resaltado es propio).

En virtud de lo expuesto, se concluye que **la urgencia invocada no se vio reflejada ni en los pasos previos al inicio del llamado a contratación ni en el accionar posterior de la administración**, quien no arbitró los medios necesarios a fin de dar pronto inicio a la obra, pudiendo en extremo entenderse que hubiera sido factible realizar el procedimiento de Licitación Pública sin que ello implique necesariamente mayores tiempos a los efectivamente incurridos en las presentes actuaciones. En esa línea, el presente incumplimiento se considera no subsanado, revistiendo el mismo carácter insalvable atento al avance de las tramitaciones”.

Ahora bien, luego de confrontar con las constancias del expediente y desde una perspectiva jurídica, se podría sostener que no se corroboraría en la realidad la observación sustancial sostenida en el Informe Contable por las siguientes razones:

1º) La urgencia la momento de elegir el procedimiento de selección existía objetivamente;

2º) Inconsistencias en el fundamento de la observación. Mientras que en el Acta de Constatación se sostiene que el incumplimiento sustancial radicaría en la conducta previa a la contratación, luego de presentados los descargos, se sostienen motivos distintos;



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

3º) Los principios establecidos en el artículo 3º de la Ley provincial N.º 1015 son criterios de interpretación para la aplicación de la ley y no se utiliza la técnica de la subsunción como en las reglas;

En lo que sigue, se da cuenta de cuáles son las razones que permiten sostener dichas aseveraciones.

1º) La urgencia al momento de elegir el procedimiento de selección existía objetivamente.

El objeto de la contratación de obra pública, en este caso, consistió en la construcción de cuatro aulas en un establecimiento escolar que debían estar terminadas para marzo de 2022.

Los trámites que le dan sustento se iniciaron en enero de 2021 con la nota de pedido que la Directora del establecimiento educativo dirigió a la Subsecretaría de Gestión Educativa de la Zona Sur, dependiente del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología.

A partir de allí, en época de pandemia, el expediente transitó por el Ministerio de Educación, se giró al Ministerio de Obras Públicas en donde se elaboraron el anteproyecto y la documentación complementaria Pliego Técnico, incluyendo Memoria Descriptiva, Especificaciones Técnicas Particulares, Planilla de Cómputo y Presupuesto de la Obra y Datos de la Obra, lo que insumió 142 días hábiles, conforme el descargo de fojas 1094/1095.

Además, como se acredita de fojas 17/117, se tramitaron los visados indispensables para el proyecto: 1º) intervención de la Policía Científica de la provincia (Informe Preliminar N.º 82/21, Letra: ATB, con los respectivos sellados); 2º) Ministerio de Educación, con sellados de planos y certificación de que el proyecto cumple con la Normativa Básica Escolar; 3º) Municipalidad de

Ushuaia, Dirección de Obras Privadas, que otorgó el visado, sin observaciones, mediante la Nota N.º 67/2021, Letra: D.O.E.-D.O.P., previo paso por las diferentes áreas municipales.

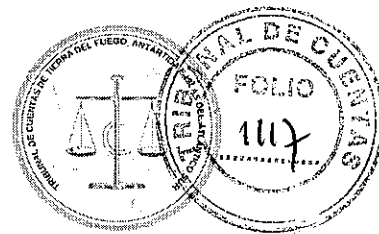
Una vez realizados los proyectos, gestionado los trámites necesarios, giradas las actuaciones por diversas reparticiones y entidades, el 13 de agosto 2021 llegó el expediente a la Unidad Ejecutora Podemos (a fojas 118 vuelta).

Tengo para mí que es desde esa fecha, cuando se está en condiciones de tomar la decisión respecto del procedimiento de selección, que se debería evaluar la diligencia impuesta al trámite.

En este sentido, lo que se verifica en las actuaciones es que a mediados de agosto de 2021 debía decidirse cuál era el procedimiento adecuado para que la obra estuviese concretada -o lo más avanzada posible- para el inicio del ciclo lectivo 2022 y en una semana la Unidad Ejecutora realizó el análisis técnico, gestionó las imputaciones presupuestarias, dictaminó jurídicamente, presentó los proyectos y se dictó el acto administrativo que autorizó el llamado (Resolución M.O.yS.P. N.º 415/2021, del 20 de agosto 2021, a fojas 287vta/365).

De ahí que podrían sostenerse dos aseveraciones: 1º) que había fundamentos para elegir el trámite de selección más breve, ya que la obra con plazo previsto de 240 días debía adecuarse al inicio de clases del 2022; 2º) que la Unidad Ejecutora Podemos realizó los trámites de manera diligente (una vez recibidas las actuaciones) en función de la brevedad de los plazos.

Además, se corroboró -y no está cuestionado- que en un plazo de cuarenta (40) días contados a partir del 20 de agosto se invitó a cotizar a seis (6) empresas, se hicieron las publicaciones y difusiones necesarias, hubo compulsa de ofertas, intervino la Comisión Evaluadora, se realizaron evaluaciones técnicas, dictámenes jurídicos, evaluación de los proyectos, se dictó el Decreto provincial N.º 2048/2021 adjudicando el contrato y que, con el acto firmado pero sin



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

notificar, se pidió la excepción al control preventivo al Tribunal de Cuentas, el que resolvió en menos de una semana. Cinco (5) días después se firmó el contrato de obra pública.

Es así que, contrariamente a lo que valora la Auditora Fiscal, se corrobora que desde que la Unidad Ejecutora Podemos tomó conocimiento de la necesidad (13 de agosto) hasta el momento en que se firmó el contrato (26 de octubre), cumpliendo todos los requisitos de un procedimiento legal de contratación, pasaron setenta y tres (73) días corridos, en una época en la que aún regían las restricciones de la pandemia.

A partir de todos estos hechos objetivos, acreditados en el expediente, y en función de que no se acreditaría el incumplimiento al artículo 9º de la Ley nacional N.º 13.064, sería razonable sostener que no habría falta de diligencia o ineficiencia en la actuación de la Unidad Ejecutora.

Además debería tenerse presente que el 11 de noviembre de 2021, quince días después de haberse firmado el contrato, el Ministerio de Obras Públicas remitió el expediente al Tribunal de Cuentas para su control posterior.

Incluso, aún en la hipótesis contraria en la que hubiera habido falta de diligencia en algún área -asunto que no se verificaría en las actuaciones-, resultaría que como los hechos que determinan la urgencia son el inicio del ciclo lectivo en marzo de 2022 y el plazo de ejecución de la obra, de todos modos estaría justificado el encuadre dado en la Resolución MOySP N.º 415/2021. La única diferencia sería que, simultáneamente, deberían haberse ordenado sumarios administrativos a los presuntos responsables de esas demoras.

2º) Inconsistencias en el fundamento de la observación. Mientras que en el Acta de Constatación se sostiene que el incumplimiento sustancial radicaría en la conducta previa a la contratación, luego de presentados los descargos, se sostienen motivos distintos.

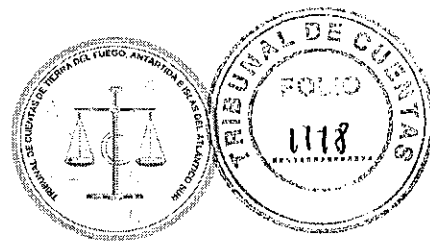
Como consecuencia del procedimiento de control en el que se hayan señalado incumplimientos sustanciales se dictará un acto administrativo en el que se estimará o desestimará la observación y, en su caso, se establecerán las consecuencias.

Esta decisión deberá ser fruto del procedimiento administrativo fijado en la Ley provincial N.º 141, que entre otras regulaciones, en su artículo 99 ordena: *“Son requisitos esenciales del acto administrativo (...): d) antes de su emisión, deben cumplirse los procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico. Sin perjuicio de lo que establezcan, otras normas especiales, considérase también esencial el dictamen jurídico cuando el acto pudiere afectar derechos o intereses”*.

Estos *“procedimientos esenciales y sustanciales previstos y los que resulten implícitos del ordenamiento jurídico”* incluyen, entre otras, aquellas acciones que garanticen el derecho de defensa y respeten los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima, cumplan con la doctrina de los actos propios, la coherencia en la actuación de la administración y en la interdicción de la arbitrariedad.

De ahí que sería razonable sostener que es en este sentido que la Resolución Plenaria N.º 122/2018 prevé que el cuentadante tenga la oportunidad de explicar o justificar los hechos que el Auditor Fiscal haya considerado para formular los términos del incumplimiento sustancial.

Sin embargo, en el caso en estudio, se podría verificar que mientras que en el Acta de Constatación (a fojas 1087 vuelta) se señala como



"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

incumplimiento sustancial el encuadre del procedimiento de selección, ya que que no estarían dadas las condiciones de la contratación directa prevista en el artículo 9º de la Ley nacional N.º 13.064 (debido a que la Administración no habría sido suficientemente diligente y la urgencia habría sido autogenerada), resulta que en Informe Contable N.º 171/2022, *luego de los descargos se esgrime un argumento distinto*: la conducta posterior a la adjudicación, refiriéndose al tiempo transcurrido desde la firma del contrato hasta el inicio de las tareas.

Hay que decir que sobre este último argumento no se le dio conocimiento a la Unidad Ejecutora Podemos y el cuentadante no ha tenido oportunidad de defenderse de la imputación de la Auditora Fiscal. De ahí que podría señalarse que si se hiciese lugar a la opinión sostenida en el Informe Contable N.º 171/2022, el acto administrativo que en su consecuencia se dicte nacería con vicios en sus elementos esenciales causa, forma y motivación al vulnerarse el derecho de defensa del cuentadante.

3º) Los principios establecidos en el artículo 3º de la Ley provincial N.º 1015 son criterios de interpretación y mandatos de optimización, pero no se aplican como reglas.

Resulta pertinente aclarar que aún en los casos en los que se aplica el régimen general de los procedimientos de contratación del Estado provincial, los principios son mandatos de optimización y no funcionan del modo propuesto en el Informe Contable.

En este sentido, es posible verificar que la propia Ley provincial N.º 1015 así lo establece en el final del artículo 3º, donde textualmente dice: *"Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones teniendo en cuenta las particularidades de cada una, serán (...) "*

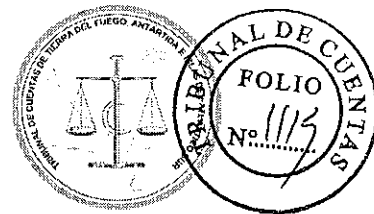
Estos principios servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta ley; como parámetros para actuación de los funcionarios y las dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente ley y demás normas reglamentarias”.

En este sentido y para comprender con claridad por un lado, que se trata de *criterios interpretativos de la ley*, no de los hechos; segundo, que uno de los modos para entender las diferencias entre reglas y principios es prestar atención a cómo se aplican en uno y otro caso. Mientras que en las primeras se prevé una consecuencia jurídica a un presupuesto de hecho y la técnica de aplicación es la subsunción, los segundos admiten distintos niveles de cumplimiento y la técnica de aplicación es la ponderación.

Para dar ejemplo de ello pueden usarse los artículos 3º y 13 de la propia Ley provincial N.º 1015. Allí se establece:

1. El artículo 3º dispone: *“Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones teniendo en cuenta las particularidades de cada una, serán: a) Razonabilidad: debe existir una vinculación estrecha entre el objeto de la contratación y el interés público comprometido (...)”;*
2. El artículo 13 establece: *“Será causal determinante del rechazo de la oferta, en cualquier estado del procedimiento de contratación, así como causal de rescisión de pleno derecho del contrato, dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva, a fin de que: a) funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una contratación, incurran en acciones u omisiones en el cumplimiento de sus funciones (...)”.*

Puede verse que el artículo 3º puede tener un cumplimiento en más o en menos, ya que la contratación puede ser más o menos razonable según la valoración de cada caso y el grado de vinculación con el interés público



"2022 – 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

comprometido. En especial, no se prevé sanción pues ¿cuál sería el grado a considerar de estrechez del vínculo entre el objeto y el bien perseguido? ¿quién lo determina? Parece claro que este tipo de normas lo que propone es que sea observado en la mayor medida posible.

En contraposición, el artículo 13 establece que a una conducta antecedente (dar dinero o dádiva a funcionarios públicos) le corresponde una consecuencia jurídica: el rechazo de la oferta en cualquier estado del procedimiento. La regla puede ser observada o no, a todo o nada, pero no es una cuestión de grados, no hay puntos intermedios o rechazos parciales de la oferta según el monto de la dádiva.

Por ello, tengo para mí que además de que la Ley provincial N.º 1015 no sería aplicable como causa de un hipotético acto sancionatorio en caso bajo análisis y no correspondería el uso de los mandatos de optimización del artículo 3º para sostener incumplimientos sustanciales del modo en que se propone en el Informe Contable N.º 171/2022.

III. CONCLUSIÓN.

Como consecuencia de lo expuesto y en función de la intervención solicitada en lo que materia de la incumbencia profesional del que suscribe, cabe indicar que:

La urgencia al momento de elegir el procedimiento de selección existía objetivamente. Además, no se advierte una falta de diligencia en el procedimiento de contratación, toda vez que las dilaciones refieren a trámites administrativos ajenos al Ministerio de Obras y Servicios Públicos y que, una vez recibidas las actuaciones por la Unidad Ejecutora Podemos no habría habido

grandes demoras en la tramitación del expediente de obra, tal como fue detallado en los antecedentes.

Por otra parte podría vislumbrarse un violación al derecho de defensa si luego de efectuados los descargos se sostienen motivos distintos para mantener la observación, toda vez que ello afectaría el derecho de defensa del cuentadante y podría acarrear la nulidad de un hipotético acto administrativo sancionatorio.

Por último, cabe tener en cuenta que los principios establecidos en el artículo 3° de la Ley provincial N.º 1015 son mandatos de optimización, que pueden ser cumplidos en diferente grado, y criterios de interpretación de la propia norma, pero no pueden ser aplicados como los mandatos taxativos de conducta. En función de ello, no sería posible sancionar a los funcionarios que intervengan en un procedimiento de contratación de obra pública en base a los principios del artículo 3° de la Ley provincial N.º 1015.

Dr. Luis Mario GRASSO
Abogado
Mat. N° 710 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



"2022 - 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Nota Interna N.º 2019 /2022.

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

Cde. Expte. N.º 50126/2021

Letra: MOSP-E.

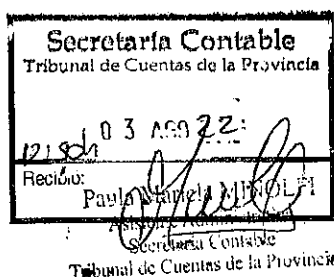
Ushuaia, 3 de Agosto de 2022.

SR. SECRETARIO CONTABLE A/C

C.P. DAVID BEHRENS.

Por la presente me dirijo a usted en el marco del Expediente del corresponde, caratulado: "**S/ AMPLIACIÓN ESCUELA N° 47 Y COLEGIO T.P. ANTONIO MARTE - USHUAIA**" haciéndole saber que comparto los términos del Informe Legal N.º 192/2022 Letra: T.C.P.-C.A. emitido por el Dr. Luis GRASSO, en el que señala que no se comparte la observación sustancial formulada por la Auditora Fiscal, por los motivos allí expuestos.

En función de ello, habiendo cumplido con la intervención del área legal requerida, remito el Expediente para su consideración.



Dra. María Julia DE LA FUENTE
Coordinadora Secretaría Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

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

2

3