



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Informe Legal N° 267/2023

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

Cde.: Expte. N° 378, 8052 y 15239

Letra: MECCT. Año: 2023.

Ushuaia, 01 DIC. 2023

**SR. SECRETARIO LEGAL
DR. PABLO E. GENNARO**

Vienen al Cuerpo de Abogados los expedientes del correspondiente, pertenecientes al registro del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología caratulados: ***“Reconocimiento de pago proveedor Aldo Raúl MENDEZ por fotocopiadoras monocromo, periodo 05/12/22 al 30/12/22”***, ***“Reconocimiento de pago proveedor Aldo Raúl MENDEZ por fotocopiadoras monocromáticas de la ciudad de Río Grande en Establecimientos Educativos y Dependencias Periodo 01/01/23 al 31/01/23”*** y ***“Reconocimiento de pago proveedor Aldo Raúl MENDEZ por fotocopiadoras monocromáticas de la ciudad de Río Grande en Establecimientos Educativos y Dependencias Periodo 01/02/23 al 28/02/23”***, respectivamente, mediante la Nota Interna N° 2732/2023, Letra: TCP-SC, con el objeto de tomar intervención, en el marco del Control Posterior.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron para tramitar los pagos por alquiler de equipos de fotocopiado de diversos establecimientos del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología de la provincia (en adelante MECCyT) de la ciudad de Río Grande, en virtud de las facturas presentadas por el señor Aldo Raúl MENDEZ, por los períodos del 05/12/2022 al 30/12/2022, del 01/01/2023 al 31/01/2023 y al 01/02/2023 al 28/02/2023, respectivamente.

Expediente	378-MECCT-2023	5082-MECCT-2023	15239-MECCT-2023
Descripción			
Objeto de la Factura	Alquiler de 96 equipos de fotocopiado láser multifunción monocromo	Alquiler de 121 equipos de fotocopiado láser multifunción monocromo	
Periodo	05/12/2022 al 30/12/2022 (25 días)	01/01/2023 al 31/01/2023 (mensual)	01/02/2023 al 28/02/2023 (mensual)
Monto	\$ 2.980.224	\$ 4.334.220 cada uno	
Conforma	Subsecretario de Gestión 4.0 MECCyT Lic. Juan Pablo AGUIRRE CEJAS		
Reconoce el Servicio	D.I. Analía CUBINO Resolución MECCyT N° 340/2023 (fs. 25)	D.I. Analía CUBINO Resolución MECCyT N° 872/2023 (fs. 40)	D.I. Analía CUBINO Resolución MECCyT N° 1047/2023 (fs. 29)
Aprueba el Gasto	Secretaria Adm. Legal MECCyT, Abog. ARROYO Resolución SAL N° 213/23 (fs. 59vta/60)	Secretaria Adm. Legal Abog. ARROYO Res. SAL N° 400/23 (fs. 50vta/51)	Secretaria Adm. Legal Abog. ARROYO Res. SAL N° 514/23 (fs. 43vta)
Acta de Constatación	N° 206/2023 - TCP - P.E. (fs. 69/71)	N° 201/2023 - TCP - P.E. (fs. 61/63)	N° 202/2023 - TCP - P.E. (fs. 52/54)
Incumplimiento Sustancial Detectado	<i>“Incumplimiento a lo normado en la Ley Provincial N.º 1015 en su Capítulo II ‘Procedimientos de Selección’, Artículo 14º y subsiguientes, y Ley Provincial N.º 141, artículo 100, atento a la falta de tramitación de un procedimiento de selección del proveedor del servicio. Además, se verifica que dicho importe reconocido (\$2.980.224,00), implica un aumento del 431% respecto del último contrato vigente (\$561.600,00), sin que conste en las actuaciones hecho alguno que justifique dicho ajuste.”</i>	<i>“Incumplimiento a lo normado en la Ley Provincial N.º 1015 en su Capítulo II ‘Procedimientos de Selección’, Artículo 14º y subsiguientes, y Ley Provincial N.º 141, artículo 100, atento a la falta de tramitación de un procedimiento de selección del proveedor del servicio. Además, se verifica que dicho importe reconocido (\$4.334.220,00), implica un aumento del 673% respecto del último contrato vigente (\$561.600,00), sin que conste en las actuaciones hecho alguno que justifique dicho ajuste.”</i>	
Descargos	Nota N° 21135/2023 Letra: SsG4- MECCyT (fs. 77/78)	Nota N° 25709/2023 Letra: SsG4- MECCyT (fs. 65) Lic.	Nota N° 26364/2023 Letra: SsG4- MECCyT (fs. 59) Lic.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

	suscripta por el Lic. Juan Pablo AGUIRRE CEJAS.	Juan Pablo AGUIRRE CEJAS.	Juan Pablo AGUIRRE CEJAS.
Informe Contable N° 464/23 TCP-PE	<i>"(...) los incumplimientos sustanciales detectados no se encuentran subsanados y persisten con carácter de insalvables en la presente instancia, al tratarse de trámites ajenos a un procedimiento regular, derivado de la falta de recaudos de la administración al no tramitar con la suficiente antelación a la extinción del vínculo, el nuevo contrato o en su defecto, tal como lo recomendará el cuerpo plenario recientemente, recurrir a las vías de excepción al principio general de licitación pública a fin de evitar situaciones como las aquí verificadas, máxime cuando los montos cancelados distan ampliamente de los últimos convenidos contractualmente sin brindar fundamentaciones razonables sobre ello (...)"</i>		

Los expedientes fueron intervenidos en un análisis conjunto, en el marco del Control Posterior, en el Informe Contable N° 464/2023, Letra: TCP-PE, donde el Auditor Fiscal interviniente C.P. Leonardo VIVAS AHUMADA puntualizó que todos ellos se apartan de lo dispuesto en la Ley provincial N° 1015 (en su Capítulo II sobre "Procedimientos de Selección", Artículo 14° y subsiguientes) y en la Ley Provincial N° 141, artículo 100.

En su análisis advirtió una serie de cuestiones sobre el reconocimiento de la prestación del servicio, con posterioridad al vencimiento del contrato, en los siguientes términos: *"(...) tiene como causa la falta de antelación en iniciar un nuevo procedimiento de selección, sumado a los importantes aumentos de los valores cancelados sin explicación alguna bajo la figura de legítimo abono, lo concreto es que se incurrió, en cada actuación, en un apartamiento normativo al tramitarse gastos por fuera de los procedimientos reglados en la administración pública con fuertes incrementos en sus valores respecto del contrato anterior, los cuales sus responsables son pasibles de penalidades, de acuerdo a lo previsto en el artículo 11 de la Ley Provincial N.º 1015.*

(...) el expediente con el cual se tramitó la nueva contratación, actualmente regularizada y con el mismo proveedor, fue aperturado con menos de

un mes de antelación, el 09 de noviembre 2022, **tiempo insuficiente para tramitar una Licitación Pública.**

(...) la administración procedió a cancelar la primera factura del periodo inmediato al vencimiento del contrato anterior (05/12/2022 – 30/12/2022) por la suma de \$2.980.224,00, implicando un **aumento del 431% con respecto al último valor cancelado bajo contrato.**

(...) la Auditoría Interna instó a que se justifique que el precio de los servicios se adecuaba a los valores vigentes del mercado al momento de la prestación del servicio, sugiriendo dar intervención a la Dirección Provincial de Redeterminación de Precios (Informe de Auditoría Interna N.º 317/23 - UAI - MECCT, fs. 31 vta./32 del expte ref. 1). Sin embargo, ello no aconteció, sino todo lo contrario, continuó el trámite hasta su cancelación sin brindar explicación alguna sobre los valores cancelados hasta la oportunidad de presentar los descargos aquí tratados.

(...) Sobre esta primera variación de los precios, el Subsecretario de Gestión 4.0 MEECyT, Lic. Juan Pablo AGUIRRE CEJAS presenta las siguientes explicaciones: por un lado, que ello responde a que el valor facturado es idéntico al acordado para la continuidad de la contratación, ya que el mismo proveedor resultó adjudicado al momento de regularizarse la situación.

Al respecto cabe informar que ello, a criterio del suscripto si bien es inexacto, guardaría cierto grado de correspondencia con los precios unitarios que se desprenden de los valores involucrados.

Precios Totales	\$	Detalle	Precio por día	Precio por fotocopiadora por día	Variación % respecto al último valor bajo contrato
último valor bajo contrato	\$ 561.600,00	por mes por 96 fotocopiadoras	\$ 18.720,00	\$ 195,00	-
1er precio reconocido	\$ 2.980.224,00	por 25 días por 96 fotocopiadoras	\$ 119.208,96	\$ 1.241,76	536,80%
2do y 3er precio reconocido	\$ 4.334.200,00	por mes por 121 fotocopiadoras	\$ 144.473,33	\$ 1.193,99	512,30%
Precio regularizado	\$ 4.334.200,00	por mes por 121 fotocopiadoras	\$ 144.473,33	\$ 1.193,99	512,30%



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Sin embargo, es importante resaltar que el resto de los argumentos expuestos y sin documentar, consistentes en que los valores acordados entre 2020 y 2023, no difieren de los índices inflacionarios que se reflejaron en el país durante dicho periodo, y que además, los insumos provistos para la prestación de dicho servicio, al proveedor le son cotizados a valor dólar, y que ésta los pesifica a los efectos de la contratación, **observándose un aumento de enero/2020 a enero 2023 del 494%, no surgen de un Informe Técnico que lo sustente, sino que en principio, se trataría de apreciaciones propias del funcionario firmante de dichos descargos.**

Sobre este asunto, es importante resaltar que **dichos descargos deberían ser acompañados con Informes Técnicos** emitidos desde áreas competentes que permitan sustentar las afirmaciones expuestas con la suficiente objetividad, ajustada a derecho y basada en hechos o datos verificables, con la que amerita rendir cuentas de los fondos públicos aplicados, ya que se verifican distintas imprecisiones (...)" (el énfasis no pertenece al original).

A continuación, el Auditor Fiscal opinó sobre los montos facturados, a cuyos términos me remito en honor a la brevedad, restando puntualizar que en su análisis concluyó que: "(...) los incumplimientos sustanciales detectados no se encuentran subsanados y persisten con carácter de insalvables en la presente instancia, al tratarse de trámites ajenos a un procedimiento regular, derivado de la falta de recaudos de la administración al no tramitar con la suficiente antelación a la extinción del vínculo, el nuevo contrato o en su defecto, tal como lo recomendara el cuerpo plenario recientemente, recurrir a las vías de excepción al principio general de licitación pública a fin de evitar situaciones como las aquí verificadas, máxime cuando los montos cancelados distan ampliamente de los últimos convenidos contractualmente sin brindar fundamentaciones razonables sobre ello.

(...) se informan los siguientes puntos: **Normativa incumplida:**

- Ley Provincial N.º 1015: artículo 14º y subsiguientes.
- Ley Provincial N.º 141: artículo 100.

Actos administrativos:

• Resolución MECCyT N.º 340/2023 (fs. 25 vta. del expte. de la ref. 1): reconoce la prestación del servicio de alquiler de 96 fotocopiadoras.

• Resolución SAL N.º 213/2023 (fs. 59 vta./60 del expte. De la ref. 1): aprueba el gasto y dispone el pago de alquiler de 96 fotocopiadoras.

• Resolución MECCyT N.º 872/2023 (fs. 40 del expte. de la ref. 2): reconoce la prestación del servicio de alquiler de 121 fotocopiadoras.

• Resolución SAL N.º 400/2023 (fs. 50 vta./51 de la ref. 2): aprueba el gasto y dispone el pago de alquiler de 121 fotocopiadoras.

• Resolución MECCyT N.º 1047/2023 (fs. 29 del expte. de la ref. 3): reconoce la prestación del servicio de alquiler de 121 fotocopiadoras.

• Resolución SAL N.º 514/2023 (fs. 43 vta. de la ref. 3): aprueba el gasto y dispone el pago de alquiler de 121 fotocopiadoras.

Agentes responsables:

• Ministra de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, D.I. Analía Inés CUBINO, quien suscribe los actos administrativos de reconocimiento de gasto.

• Secretaria Administrativa Legal MECCyT, Abog. Mariángeles ARROYO, quien aprueba el gasto y dispone el pago sin acreditarse las razones que expliquen los fuertes incrementos en los valores facturados.

• Subsecretario de Gestión 4.0 MEECyT, Lic. Juan Pablo AGUIRRE CEJAS, al no tomar los recaudos correspondientes de impulsar una nueva



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

contratación con la antelación suficiente a la extinción del vínculo anterior y fundarse en argumentos irrazonables al explicar los incrementos de los valores cancelados en oportunidad de brindar los descargos a este órgano de control externo.

Presunto perjuicio fiscal:

- Se deja constancia de que el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para cuantificar un posible perjuicio al erario público en esta instancia (...).

En este contexto ingresaron las actuaciones a la Secretaría Legal, a los fines de tomar intervención en virtud del Incumplimiento Sustancial subsistente.

II. ANÁLISIS

II.1. Competencia del Tribunal de Cuentas

Este Tribunal de Cuentas resulta competente para tomar intervención, en virtud de lo previsto por el artículo 1° de la Ley provincial N° 50, que reza: “El Tribunal de Cuentas es un órgano autónomo de contralor externo de la función económico-financiera de los tres poderes del Estado Provincial (...)” y por el inciso a) del artículo 2° de dicha norma que establece dentro de las funciones de este Organismo de Control la de:

“ejercer el control preventivo de legalidad y financiero respecto de los actos administrativos que dispusieran fondos públicos, así como en aquellos relativos a inversiones de fondos, percepción de caudales públicos u operaciones financieras patrimoniales del Estado provincial. En ningún caso, la inexistencia de control preventivo obstará el control posterior” (el subrayado me pertenece).

A los fines de encuadrar el procedimiento a seguir, las actuaciones ingresaron a este Tribunal de Cuentas en el marco del Control Posterior, siendo de aplicación la Resolución Plenaria N° 122/2018, que indicó: “(...) *Que este tipo de control, se vincula con el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y el ejercicio de la potestad sancionatoria (...)*” y en su Anexo I distinguió los incumplimientos sustanciales, en los siguientes términos: “*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. (léase Incumplimientos Formales)*”.

II.2. Pauta temporal de actuación

Encuadrado el análisis en tal sentido, previo al estudio del Incumplimiento puntualizado, correspondería determinar las pautas temporales para el ejercicio de la potestad sancionatoria de este Órgano de Control, que encuentra su fundamento en: “(...) *la necesidad de cumplimentar con su cometido sobre los organismos que se encuentran bajo su fiscalización (...)*” (conf. Superior Tribunal de Justicia en “*Aguirre*” y “*Toledo Zulmelzu*”).

La Ley provincial N° 50 en su artículo 75, sustituido por el artículo 45 de la Ley provincial N° 1333, determina que la acción de responsabilidad patrimonial: “(...) *prescribe a los dos (2) años de cometido el hecho que causó el daño o de producido éste si fuere posterior. La suspensión e interrupción de este Instituto se rigen por las normas del Código Civil y Comercial de la Nación*”.

En los autos caratulados: “*Tribunal de Cuentas c/ Santamaría, Felix Alberto si Ejecutivo*” del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial Sur, se determinó que este plazo también es de aplicación para las multas a los agentes estatales.



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Por lo tanto, establecido el plazo aplicable en 2 años, corresponde determinar el punto de partida para su cómputo.

En el fallo "*Blazquez, Daniel c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo*", se fijó el *dies a quo* de la potestad sancionatoria a partir del día siguiente de la publicación del acto o del ingreso de las actuaciones a este Órgano de Control, lo que suceda primero en el tiempo, criterio que, al provenir de la máxima fuente de interpretación del derecho provincial, debe ser aplicado en la forma allí establecida (conf. Acuerdo Plenario N° 1744). Ello, en sintonía con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley provincial N° 110: "*Los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces*".

Bajo este encuadre, todas las actuaciones de la referencia ingresaron a este Organismo de Control -conforme surge del sello inserto al reverso de la caratula- el 10 de agosto de 2023, mientras que los gastos se aprueban mediante las Resoluciones SAL N° 213/2023 (fs. 59vta/60), N° 400/2023 (fs. 50vta/51) y N° 514/2023 (fs. 43vta) fueron suscriptas el 7 de febrero, el 13 de marzo y el 28 de marzo del corriente, respectivamente, y no podrían haberse publicado con anterioridad, extremo del que puede afirmarse que no se encuentran excedidas las pautas temporales para ejercer las atribuciones conferidas por la Ley provincial N° 50, de corresponder.

Establecida la pauta temporal de actuación resta analizar el incumplimiento sustancial advertido por el Auditor Fiscal, atento a que del análisis de los expedientes a la vista no surgiría otra irregularidad administrativa o supuesto perjuicio al erario.

II.3. Incumplimientos detectados

La cuestión de fondo de la presente intervención se enmarca en el pago de distintas facturas por el MECCyT, que no se corresponden con contratación alguna. Por ello, el presente análisis se ceñirá a determinar la gravedad del apartamiento normativo hallado, sugiriendo el uso de las atribuciones conferidas en los incisos g) o h) del artículo 4º de la Ley provincial N° 50, de corresponder.

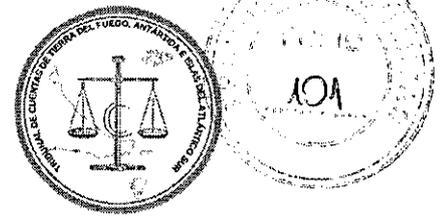
A tales fines, el Incumplimiento se advirtió en los siguientes términos: *“(...) Incumplimiento a lo normado en la Ley Provincial N.º 1015 en su Capítulo II ‘Procedimientos de Selección’, Artículo 14º y subsiguientes, y Ley Provincial N.º 141, artículo 100, atento a la falta de tramitación de un procedimiento de selección del proveedor del servicio.*

Además, se verifica que dicho importe reconocido (...), implica un aumento (...) respecto del último contrato vigente (...), sin que conste en las actuaciones hecho alguno que justifique dicho ajuste” (el énfasis corresponde al original).

II.3.1. Normativa Aplicable

La Constitución de la Provincia establece que: *“Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán **según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia**, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”* (la negrita no es del original) (conf. artículo 74 de la Constitución Provincial).

El Dr. Ernesto Loffler comentó: *“(...) En primer término, se debe recordar que la cuestión relativa a las contrataciones que celebran los organismos y entes estatales es materia de Derecho público local, por lo que compete a la*



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Provincia y a cada uno de los municipios el dictar las leyes y ordenanzas, según corresponda, dirigida a regular el tópico.

En consecuencia, el presente artículo brinda algunas pautas que deberán seguir la Provincia y los municipios al tiempo de dictar las normas que dispongan su régimen de contrataciones, delineando las bases fundamentales comunes a todos los regímenes de contratación en el ámbito local, disponiendo que éstas deberán realizarse mediante un procedimiento de selección, con una previa, amplia y documentada difusión.

(...) La última parte consagra así el principio de transparencia que resulta obligatorio en las actuaciones del Estado merced a la Convención Americana Contra la Corrupción, que lo incorpora expresamente en su art. 9° inc. 1° al disponer que es deber del Estado el adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

En este aspecto, para Tierra del Fuego rige la ley provincial 1015 que establece el Régimen General de Contrataciones para el sector público. Allí en el artículo 3 se establecen los principios generales que deben regir en la materia de contratación en el sector público (...)” (conf. “Constitución Comentada, Anotada y Concordada, en base a los debates constituyentes, Leyes provinciales y Jurisprudencia” dirigida por el Dr. Ernesto Adrián LÖFFLER, coordinada por el Dr. Francisco CAPPELLOTTI, Ediciones de la Lengua 2021, pág. 405/407).

Tales previsiones se vinculan con el artículo 8° de la Carta Magna, sobre Publicidad de los actos de gobierno, que sostiene que: “Todos los actos de Gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine, garantizando su plena difusión, especialmente aquéllos relacionados con la percepción e inversión

“Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos

e insulares correspondientes son argentinos”

de los fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado Provincial o a las Municipalidades. La violación de esta norma provocará la nulidad absoluta del acto administrativo no publicitado, sin perjuicio de las responsabilidades políticas, civiles y penales de las personas intervinientes en él”

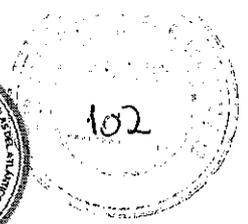
En la mentada obra doctrinaria, en oportunidad de referirse al artículo transcrito se expresó que: “(...) *la novedad que plantea la norma es la nulidad de esos actos de gobierno cuando los mismos no fueron publicitados, en especial aquéllos referentes a percepción e inversión de los fondos públicos (...). La publicación de una norma en el Boletín Oficial es un paso necesario y obligatorio para que la misma pueda entrar en vigencia. Asimismo, es el medio por el cual los ciudadanos y organismos cumplen con las responsabilidades jurídicas que hacen a la transparencia de su accionar como tales (...)*” (Ob. cit. Pág. 74)

Ello, en sintonía con el artículo 46 *in fine* de la norma fundamental, sobre el Derecho a la información, que determina que: “(...) *La información y la comunicación constituyen un bien social*”.

Por su parte, la Ley provincial N° 1015 es de aplicación en virtud del juego armónico de sus artículos 1, 2 y 5, ello por la presencia del Ministerio como parte de la contratación al presumirse la índole administrativa de lo actuado en el marco de una prestación de servicios.

Es contundente el artículo 7° al establecer que: “*Las contrataciones se regirán por las disposiciones de la presente ley, su reglamentación, las normas dictadas en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones y por el contrato o la orden de compra según corresponda*”.

En función de ello, el artículo 14 establece que la regla general de selección del contratista es la licitación pública o concurso público y establece las



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

excepciones: "(...) *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 (...)*".

Ante la exigencia de la norma, la doctrina imperante sobre el tema es constante respecto a los supuestos excepcionales en los cuales se prescinde de la licitación pública o privada y se contrata en forma directa, solicitando: "(...) *el dictado de un acto administrativo motivado en el que se consignen, con sustento fáctico y jurídico suficiente, las razones que inducen a acudir a él (...)*" (Mario REITMAN FARAH, Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Abeledo Perrot, Buenos Aires, págs. 57 y 61).

Finalmente, la Ley provincial N° 141 dispone en su artículo 100 que: "*Los contratos que celebren las distintas dependencias de la Administración Pública Provincial, los permisos, autorizaciones y concesiones que otorgue, cualquiera fuere su especie, se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas referidas a los actos administrativos de la presente Ley, si ello fuere procedente*" (el énfasis me pertenece).

De la lectura del plexo normativo aplicable al caso, se vislumbra que el incumplimiento al régimen de contrataciones consistió en que la facturación cuyos cobros se analiza no se enmarcó en contratación alguna (ni procedimiento de selección del contratista) no habiendo contrato vigente debidamente suscripto por las partes, que implica una garantía para el interés público comprometido en las contrataciones estatales como para los administrados.

Es de destacar que el cuentadante reconoció el apartamiento advertido en las Resoluciones que aprueban el gasto (N° 340/2023, 872/2023 y 1047/2023, Letra: MECCyT) considerando: "(...) *Que en consecuencia, y atento la*

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes son argentinos"

imposibilidad de haber sustanciado el procedimiento de contratación en forma oportuna, resulta necesario reconocer el gasto en concepto del servicio prestado a este Ministerio (...) (la negrita me pertenece).

Por lo tanto, no existen dudas sobre la configuración del apartamiento normativo por incumplimiento a lo previsto al régimen de contrataciones, restando traer a colación lo establecido en el artículo 11 de la Ley provincial N° 1015, que regula la responsabilidad en los siguientes términos: “(...) *Los agentes de planta permanente y funcionarios que autoricen, aprueben o gestionen contrataciones, apartándose de lo indicado en la presente y sus normativas complementarias, serán pasibles de penalidades que la legislación nacional y local establezca, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponderle*”.

Entonces, corresponde: “(...) *en los casos de habilitarse contrataciones que omiten la observancia de algún principio -como ocurre con la concurrencia, la competencia y la igualdad en la contratación directa- darle mayor peso a la responsabilidad para, de esa manera, equilibrar la balanza*” (Jorge ALBERTSEN, “*Cuestiones de la Contratación Directa*” en Cuestiones de Contratos Administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo COMADIRA, Ediciones Rap, págs. 535/537).

No obstante dicha precariedad inicial, podría considerarse que, tal como surge de la lectura de las actuaciones, la facturación quedó inmersa en un lapso de tiempo que transcurrió entre la extinción de un contrato y la celebración del subsiguiente con el mismo proveedor “(...) *elevándose de las 96 fotocopiadoras iniciales a la cantidad de 121 equipos, por un total de \$4.334.220,00 por mes, lo que implicó un aumento del 673% respecto del último contrato vigente (...)*” tal como advirtió el Auditor Fiscal en su Informe Contable.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Ahora bien, al no prorrogarse el contrato anterior que carecía de vigencia al momento de la facturación y no generarse uno nuevo, se optó por la figura del reconocimiento del gasto, instituto que carece de la virtualidad suficiente para subsanar lo actuado y que no libera de responsabilidades.

II.3.2. Figura del Reconocimiento del Gasto

Este Tribunal de Cuentas tiene dicho que: *"(...) en este tipo de supuestos, en los que no se ha cumplimentado con el procedimiento de contratación, pero se encuentra acreditada la contraprestación en favor de la Administración, el pago se realiza en el marco de la figura del enriquecimiento sin causa en favor de la Administración (...)"*

*(...) en los supuestos como el que nos ocupa, en donde no se cumplimentó con el mentado procedimiento, sino que se llevó a cabo la prestación en favor del Estado y la misma se encuentra acreditada, se genera una obligación de pago en cabeza del Estado fundada en la figura del enriquecimiento sin causa en favor del Estado. Sin embargo, no debe perderse de vista que ello **no obsta la responsabilidad de los funcionarios que intervinieron en las actuaciones, al no haber dado cumplimiento al procedimiento de contrataciones estatales.**"* (el énfasis y subrayado corresponde al original) (conf. el Acuerdo Plenario N° 2370).

En igual sentido se fundamentó en la Resolución Plenaria N° 226/2012 que: *"(...) 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 señaló: (...) resulta*

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes son argentinos"

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 (...)”.

El criterio vertido se fundamenta en que la Administración Pública no podría enriquecerse ilegítimamente por una prestación efectivamente recibida, razonamiento plasmado por este Ente de Control al expresar que: “(...) *por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa y del principio de buena fe, la Administración no podría enriquecerse ilegítimamente de una prestación percibida aún en el marco de la irregularidad en la que fue desarrollada la contratación (...)*” (conf. Informe Legal N° 38/2022, Letra TCP – CA aprobado por la Resolución Plenaria N° 071/2022).

En el caso, es parcialmente cierta la cita al Acuerdo Plenario N° 2292 que la Ministro invoca en los considerandos de sus Resoluciones de reconocimiento de la prestación del servicio, toda vez que recorta el criterio allí establecido, ya que pareciera que este Organismo auspicia el uso del instituto del reconocimiento del gasto cuando en realidad se aplicaron sanciones a los funcionarios que se apartaron de la normativa.

En esos actos administrativos se consideró: “(...) *que el Tribunal de Cuentas de la Provincia analizó, a través del Acuerdo Plenario N° 2292, la procedencia de la cancelación de facturas, siempre que se hubiera verificado la efectiva prestación del servicio, aun cuando no hubiese un contrato vigente; concluyendo que de hallarse verificadas las contraprestaciones a favor de la Administración, corresponde abonar las sumas adeudadas en base a la figura del enriquecimiento sin causa en favor del Estado y no en un vínculo contractual*”.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

A los fines de ilustrar lo expuesto, cabe hacer saber que aquel Acuerdo Plenario estableció que: *"(..) 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.*

No obstante ello, también ha quedado sentado que el reconocimiento del gasto en base a la figura del enriquecimiento sin causa en favor del Estado, no empece a la responsabilidad que le cabe a los funcionarios que hubiesen intervenido en las actuaciones, por no haber promovido la formalización de un contrato administrativo en cumplimiento de la normativa al respecto.

Conforme los antecedentes del caso, correspondería aplicar sanciones al entonces Ministro de Desarrollo Social, Sr. Sergio ALVAREZ por haber autorizado la prosecución del trámite en Incumplimiento a la normativa relativa a contrataciones estatales y a la entonces Secretaria de Desarrollo Social T.M. Y F. Virginia DE GREGORIO por ser la titular de las áreas que no impulsaron las referidas contrataciones.

*(..) Por el contrario, no resulta reprochable la intervención del Contador General ni del Tesorero así como tampoco del Subsecretario de Hacienda, toda vez que ello resultaría incongruente con el análisis precedente, en el sentido de que **lo que se reprocha no es el pago (fundado en el enriquecimiento sin causa), sino el haberse omitido seguir con los procedimientos normativamente fijados para las contrataciones estatales (...)** (la negrita me pertenece).*

Por lo expuesto, cabe concluir que el hecho de pagar por los servicios recibidos, pese a no haberse previamente suscrito un contrato entre las partes, no habilita a la Administración a hacer uso de este mecanismo excepcional, que en los hechos pasa a convertirse en regla. En otras palabras, el accionar de la Administración no puede justificarse en la propia torpeza de no haber impreso el trámite correspondiente para la contratación de manera oportuna, toda vez que los períodos facturados abarcan 2 meses y 25 días, amparándose en los lineamientos de un Acuerdo que no justifica tal apartamiento normativo, sino todo lo contrario.

En este sentido, en la Resolución Plenaria N° 196/2023 se recomendó -ante un caso similar- a la Ministra de Salud de la provincia que: “(...) *instruya a los funcionarios y agentes a cargo de los procedimientos de contrataciones de su jurisdicción, que ante la necesidad de prestar un servicio esencial para garantizar un sistema de salud adecuado, en el supuesto de haberse finalizado un contrato y encontrándose en trámite de selección del nuevo proveedor, utilicen las excepciones al principio general de la licitación pública previstos en la propia Ley provincial N.º 1015 y la reglamentación establecida en la Resolución O.P.C. N.º 17/2021*”.

En los casos a la vista, el descargo insinuó que: “(...) *Durante el periodo de tramitación administrativa, el servicio no fue suspendido por la empresa proveedora, siendo ésta la única en la provincia con la disponibilidad de los equipos necesarios para satisfacer la demanda de este Ministerio (...)*” (el subrayado es de mi autoría) (conf. Notas N° 21135/2023 y 26364/2023 ambas Letra: Ss.G.4 – M.E.C.C. y T.) de lo que cabría inferir una posible excepción por exclusividad. Sin embargo, no se imprimió trámite alguno para generar la contratación por los periodos en análisis, máxime cuando desde este Tribunal de Cuentas se viene recomendando el apego a los procedimientos de selección establecidos en la norma aplicable, sea que se opte por el mecanismo de la



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

licitación pública (principio general) o hacer uso de las excepciones, según las circunstancias del caso.

Postura que a simple vista resulta ser una obviedad, pero que en el ámbito del Ministerio de Educación pareciera desconocerse, en virtud de su incumplimiento sistemático y las reiteradas intervenciones de este Organismo de Control sugiriendo a la Sra. Ministra, D.I. Analía Inés CUBINO, que se sirva cumplimentar con lo previsto en la normativa vigente en materia de contrataciones públicas (conf. las Resoluciones Plenarias N° 237/2023; 231/2023; 100/2023; 61/2023; 301/2022; 299/2022; 295/2022 entre otras).

A mayor abundamiento, se le recomendó puntualmente a la mentada funcionaria y a su personal a cargo: *"(...) evitar la utilización de la figura reconocimiento del gasto, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones previstas en el artículo 4° inciso h) de la Ley provincial N.º 50 (...)"* en la Resolución Plenaria N° 37/2023 (reiterando lo advertido en las Resoluciones Plenarias N° 71/2022 y 378/2021, entre otras) y que se *"(...) instruya a las áreas pertinentes a los fines de que en adelante, den total cumplimiento (...) a la Ley provincial N° 1015 -artículo 14, siguientes y concordantes- respetando los procedimientos de compras y contrataciones pertinentes y evitando por consiguiente, la figura del reconocimiento del gasto (...)"* (conf. Resolución Plenaria N° 144/2022).

En consecuencia, habiéndose configurado el apartamiento, reconocido por el cuentadante, corresponde analizar los requisitos que deberán configurarse para el pago.

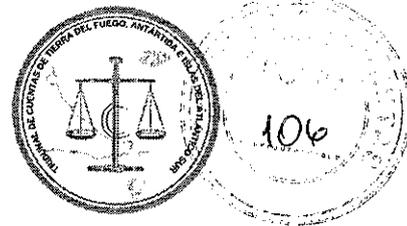
II.3.2.1. Requisitos para el pago por Reconocimiento del Gasto

En la Resolución Plenaria N° 1/2019, entre otras, se afirmó que debe probarse la concurrencia de algunos requisitos específicos: “(...) como el enriquecimiento del Estado, el empobrecimiento del accionante, la ausencia de mala fe de la parte empobrecida y el nexo causal entre el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra. Por último, debe decirse que, entre el enriquecimiento y el empobrecimiento probados, se reconoce el monto menor (...)” .

Ahora bien, estos requisitos deben conjugarse con las particularidades del caso concreto, tal como se expresó en el Informe Legal N° 238/2023, Letra: TCP-SL el Secretario Legal a/c refirió: “(...) que los pagos fueron requeridos por la empresa que efectuó el servicio a favor del Poder Judicial (fs. 4/5) y que carece de otro procedimiento o acción útil para perseguir su cobro, además de que se encuentra acreditado el enriquecimiento estatal (fs. 19/31, aunque con posterioridad al pago).

Sobre la ausencia de mala fe y el empobrecimiento de la firma que prestó el servicio, entiendo necesario exponer un pequeño matiz.

En relación a la primera (mala fe), como sostiene destacada doctrina: “(...) 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,



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Ed. RAP, Buenos Aires, 2007-J".

(...) Esa situación a mi juicio, más allá del deber de diligencia calificado que tiene toda contratista estatal, no solo aleja y deja sin sustento a toda inferencia sobre la mala fe que pueda extraerse de los hechos acreditados (...).

Entonces, dada la situación fáctica descripta, en la que se prestó y está acreditado el trabajo realizado por la firma COLLARD BOVY PABLO (urgencia para rehabilitar un servicio crítico), y la predisposición del empobrecido para solucionar esa problemática estatal en el mismo día que fue convocado para analizarlo, entiendo prudente en este caso en particular y bajo las especiales circunstancias, que el pago íntegro de la factura agregada fue conforme a la teoría del 'enriquecimiento sin causa', más allá de que las circunstancias analizadas debieron ser abordadas integralmente en el acto administrativo del pago (...)"

A mi entender corresponde continuar el criterio allí vertido, teniendo en consideración que el contratista se mostró colaborativo no retirando los equipos al momento de la extinción del vínculo contractual y propiciar por razones de equidad, en este caso particular, el apartamiento a lo dispuesto respecto de los conceptos a abonar y no objetar el pago de la totalidad de las facturas traídas a estudio. Ello, sin perjuicio de las responsabilidades que puedan corresponder por el accionar antijurídico de los funcionarios intervinientes.

II.4. Potestad sancionatoria de este Tribunal de Cuentas

En función de los preceptos doctrinarios citados precedentemente y la normativa aplicable, cabe concluir que la falta de contratación previa a la facturación enerva los principios rectores de las contrataciones del Estado, dando

lugar al ejercicio de la potestad sancionatoria de este Tribunal de Cuentas, a través del reproche debido a los funcionarios responsables de tales conductas.

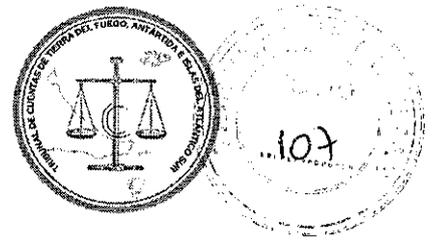
El artículo 4º de la Ley provincial N° 50 otorga al Tribunal de Cuentas las siguientes atribuciones: “(...) g) *formular recomendaciones*; h) *aplicar sanciones* (...)”.

Habiéndose configurado nuevamente un apartamiento normativo a la Ley provincial N° 1015, artículo 14 y subsiguientes, que -además- colisiona con los principios que rigen en materia de contrataciones públicas, surge palmario que este proceder es pasible de reproche, habilitando la facultad sancionatoria de este Tribunal de Cuentas, atento a no encontrarse excedidas las pautas temporales de actuación.

Ahora bien, respecto de los agentes detectados como responsables entiendo que correspondería la aplicación de las atribuciones contenidas en el artículo 4º incisos g) o h) de la Ley provincial N° 50 respecto de la Ministro de Educación, toda vez que en oportunidad de efectuar un descargo no aportó razones de su accionar y no surge de las actuaciones el responsable de la falta de contratación y efectuar una recomendación a los restantes.

II.5. Perjuicio Fiscal

En el Informe Contable N° 464/2023, Letra: TCP-PE el Auditor Fiscal puntualizó que: “(...) *del geN Financiero se extrajo la Orden de Compra 15/23 donde se corrobora tal cuestión a fin de acompañar tal información junto al presente informe, lo que permitiría en principio, verificar que los fuertes incrementos observados para estos dos periodos, enero y febrero 2023, guardan exacta relación con la oferta más conveniente que luego pudo acceder la*



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

administración por el servicio involucrado y con el mismo proveedor, en el marco de una Licitación Pública (...)".

Además, en el acápite "*Presunto perjuicio fiscal*" sostuvo que: "*(...) el incumplimiento sustancial detectado, no resulta suficiente para cuantificar un posible perjuicio al erario público en esta instancia*".

A mi criterio, asiste razón al Auditor Fiscal interviniente en el razonamiento citado -concluyendo que no existe perjuicio fiscal en esta instancia- en virtud que, en primer lugar, como ya se adelantara en el apartado II.3.2.1. no encuentro reparos para el pago íntegro de la factura y, en segundo lugar, de la lectura de los considerandos del Decreto provincial N° 354/2023 (que adjudica la Licitación Pública N° 01/2022) se desprende que el monto se ajustó a los requisitos exigidos y no resultó inconveniente para el Estado provincial.

Abona lo expuesto el devenir cronológico, que habilitaría a inferir que el monto facturado es el equivalente al servicio, pese a haberse aumentado, toda vez que se identifica con el pactado en la licitación posterior y que -asimismo- elevó el objeto de 96 a 121 equipos. Ello, en concordancia con el principio de realidad material.

III. CONCLUSIÓN

Analizadas las actuaciones a la luz de las consideraciones vertidas, los antecedentes de este Tribunal de Cuentas citados, las posiciones doctrinarias invocadas, las pautas legales y reglamentarias que deben observarse en el caso, procede considerar -como consecuencia de lo expuesto precedentemente- que, este Tribunal de Cuentas es competente para tomar intervención, no encontrándose *W* excedidas las pautas temporales para la aplicación de sanciones.

Respecto del incumplimiento advertido, la utilización de la figura del reconocimiento del gasto no encuentra amparo normativo alguno, ni posee la virtualidad de subsanar lo actuado, por lo que entiendo que se ha configurado el apartamiento normativo detectado por el Auditor Fiscal interviniente, oportunamente reconocido por el cuentadante.

Ahora bien, a mi criterio, la segunda parte del incumplimiento referente a los montos debería ponderarse a la luz del principio de verdad material, en sentido que, si bien se vieron ajustados, ello se corresponde con el precio de una licitación pública posterior.

Por lo tanto, salvo mejor criterio de la superioridad, entiendo que estarían dadas las condiciones para la aplicación del artículo 4 incisos g) o h) de la Ley provincial N° 50, a la Ministra D.I. Analía Inés CUBINO, toda vez que en oportunidad de efectuar un descargo no aportó razones de su accionar y no surge de las actuaciones el responsable de la falta de contratación y efectuar una recomendación a los restantes intervinientes.

Ello, en sintonía con lo dispuesto por el Cuerpo Plenario de Miembros en las Resoluciones Plenarias N° 237/2023; 231/2023; 100/2023; 61/2023; 37/2023; 301/2022; 299/2022; 295/2022; 144/2022; 71/2022 y 378/2021; entre otras).

Con las consideraciones vertidas, se elevan las actuaciones para la prosecución del trámite.


Dra. María Noelia FRAZZETTO
Abogada
Matricula N° 815 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Nota Interna N° 2855 /2023

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

Cde.: Expte. N° 378, 8052 y 15239

Letra: MECCT. Año: 2023.

Ushuaia, 01 DIC. 2023

SR. SECRETARIO CONTABLE A/C

C.P. David R. BEHRENS

Comparto el criterio vertido en el Informe Legal N° 267/2023, Letra: T.C.P. – C.A., suscripto por la Dra. Noelia FRAZZETTO en virtud de la remisión efectuada mediante la Nota Interna N° 2732/2023, Letra: TCP-SC.

Sin más, giro lo hasta aquí actuado para la continuidad del trámite.

Dr. Pablo E. GENNARO
Jefe de la Secretaría Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

