

"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Informe Legal N° 52/2024

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

Cde.: Expte. 65/2019, Letra: DPP

Ushuaia, 22 de abril de 2024.-

SR. SECRETARIO LEGAL A/C

DR. PABLO E. GENNARO

Viene al Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro de La Dirección Provincial de Puertos (en adelante DPP), caratulado: **"REMODELACIÓN INTEGRAL Y AMPLIACIÓN GALPÓN PUERTO RÍO GRANDE"**, con el objeto de tomar intervención emitiendo el dictamen jurídico pertinente.

I. ANTECEDENTES

El expediente de la referencia ingresó a esta Secretaría Legal, en el marco del Control Preventivo, el 18 de abril de 2024, mediante la Nota Interna N° 639/2024, Letra: TCP-SC, a través de la cual el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable, C.P. David R. BHERENS, solicitó intervención respecto de la consulta legal obrante en el Informe Contable N° 115/2024, Letra: TCP-AOP, a cuyos antecedentes me remito en honor a la brevedad.

Así, en el presente informe se analizarán exclusivamente las piezas que se vinculen con la consulta efectuada, correspondiendo traer a colación que la Secretaría Contable detectó un incumplimiento al Pliego de Bases y Condiciones en el marco de una redeterminación de precios, mediante el Acta de Constatación N° 2/2024, Letra: TCP-AOP (foja 2541) en los siguientes términos: "(...) IV—

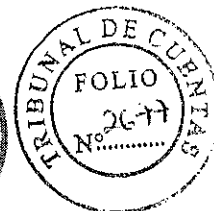
OBSERVACIÓN SUSTANCIAL: *en concordancia con la observación sustancial efectuada en el Informe Técnico N° 12/2024, se observa el artículo 1° de la Resolución DPP N° 21/2024, atento a detectarse un incumplimiento al artículo 51 del Pliego de Bases y Condiciones, el cual enmarca que la presente contratación se regirá en el marco del Decreto Provincial N° 73/2003 en materia de Régimen de Redeterminaciones de Precios, aprobado mediante Resolución DPP N° 348/2019”.*

Efectuado el descargo a fojas 2633/2635, se adunó el Memorandum N° 163 del Estudio YMAZ, se emitió el Acta de Constatación N° 10/2024 Letra: TCP-AOP (Control Preventivo) el 1 de marzo de 2024, en la que el entonces Auditor Fiscal interviniente C.P. Esteban S. TOVARES mantuvo la observación sustancial detectada (fs. 2640/2642) y el Informe Contable N° 115/2024; Letra: TCP – AOP con la siguiente consulta Jurídica:

“Sobre la base de lo indicado en los apartados anteriores se solicita analizar la viabilidad y procedencia del mecanismo de actualización del saldo de obra pendiente de ejecutar, apartándose del procedimiento establecido por Decreto provincial N.º 73/2003 para el cálculo de las redeterminaciones de precios.

Asimismo, se solicita se expidan sobre toda otra cuestión que a los fines de la presente consulta se entienda relevante y pertinente”.

En este contexto, corresponde analizar lo advertido a fin de poder evacuar la consulta formulada por la Auditora Fiscal, C.P. María de los Milagros ECHAGÜE, con el objeto de determinar el temperamento a seguir.



"2024 - 30° ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

II. ANÁLISIS

Las presentes actuaciones son intervenidas por este Tribunal de Cuentas en el marco de las funciones de Control Preventivo establecido en la Constitución Provincial y en el artículo 2° inciso a) de la Ley provincial N° 50, sustituido por el artículo 1° de la Ley provincial N° 871.

El artículo 166, inciso 2° de la Carta Magna local estipula dentro de las atribuciones de este Organismo de Control la de *"(...) intervenir preventivamente en los actos administrativos que dispongan gastos (...) "* mientras que el artículo 2° inciso a) de la Ley provincial N° 50, establece: *"(...) ejercer el control preventivo de legalidad y financiero respecto de los actos administrativos que dispusieran fondos públicos (...) "*.

Siguiendo esa línea, en la Resolución Plenaria N° 191/2020, se aprobó el Informe Legal N° 90/2020 Letra: TCP-SL, donde el Secretario Legal aclaró que: *"(...) corresponde distinguir al control previo, del control preventivo y del control posterior. Respecto de este tópico resulta esclarecedor lo expresado por la doctrina en cuanto señala: 'Control previo, preventivo y posterior, según se realice antes o después de que un acto administrativo adquiera eficacia' "*.

(...) Se ha señalado que el control previo contempla los casos de intervención del organismo del control externo, realizados con anterioridad a la emisión del acto administrativo, mientras que el control preventivo tiende al control realizado sobre actos ya dictados y donde la actuación de aquellos organismos precede a la ejecución de los mismos. De esta forma, surge del control previo una proposición o sugerencia que puede o no ser implementada por el requirente, salvo en los casos en que los órganos de control se pronuncien con alcance de doctrina legal obligatoria; mientras que el pronunciamiento, consecuencia del control preventivo sobre un acto, es obligatorio, atento que la

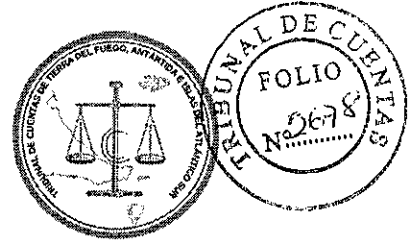
*"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"*

observación del mismo suspende su eficacia, y la resolución positiva habilita la ejecución del acto administrativo.

(...) Por otra parte (...) al ejercitarse el control preventivo y en el supuesto de existir, por ejemplo, una observación, ocasionaría la suspensión (total o parcial) de la ejecución del acto administrativo (conf. arts. 4º y 30 de la Ley provincial N° 50); el que podría recobrar su ejecutividad mediante el levantamiento de dicha observación ante las diferentes instancias procedimentales que recorre el cuentadante (Auditor, Secretaría Contable, Plenario de Miembros); o mediante el trámite de insistencia por parte del titular del Poder o Ente sujeto a control, quienes asumen la responsabilidad exclusiva por ello, según lo previsto en el artículo 30 de la Ley provincial N° 50 (...).

La reglamentación para el procedimiento del Control Preventivo de los actos que dispongan fondos públicos se aprobó mediante la Resolución Plenaria N° 01/2001, modificada por su similar N° 89/2002, estableciendo que “(...) se llevará a cabo posteriormente a la emisión del acto Administrativo que disponga la afectación de fondos y al informe de Auditoría o control interno del ente controlado y en forma previa a la emisión de la orden de pago.

Dichos actos administrativos deberán ser comunicados formalmente, antes de entrar en la etapa de ejecución, al Auditor Fiscal responsable del ente, en original y con todos los antecedentes que lo determinen. (...) Para los casos de actuaciones donde se tramiten adquisiciones mediante el procedimiento de Concurso de Precios así como también Licitaciones, dicha intervención se llevará a cabo una vez expedida la comisión de preadjudicación y del informe de Auditoría o control interno del ente (...) (conf. artículos 1º y 2º de la Resolución Plenaria N° 01/01).



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Así las cosas, cabe aclarar que la cuestión de fondo en el presente análisis es la actualización de saldo de obra efectuada en el Contrato de Obra Pública N° 802 mediante la Resolución DPP N° 21/2024 que, en su parte pertinente dispuso: *"ARTÍCULO 1º.- Aprobar la actualización del saldo de obra del Contrato de Obra Pública N° 0802 al mes de noviembre de 2023, ascendiendo el importe a la suma de Pesos Cuarenta y Cuatro Millones Ochocientos Setenta y Un Mil Setecientos Cuarenta con 65/100 (\$ 44.871.740,65). Ello, por los motivos expuestos en los considerandos.*

ARTÍCULO 2º.- Aprobar el Adicional de Obra por la suma de Pesos Veintiocho Millones Ciento Noventa y Un Mil Seiscientos Veinte con 66/100 (\$ 28.191.620,66). Ello por los motivos expuestos en los considerandos (...).".

Entonces, nos encontramos ante un supuesto de readecuación del contrato, con el fin de sostener el equilibrio económico-financiero.

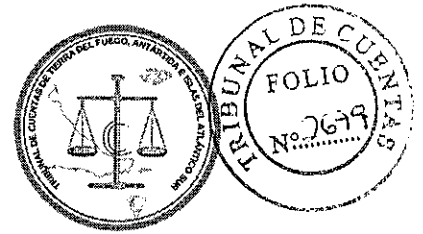
En relación a la modificación de los contratos administrativos durante su ejecución **en el Informe Legal N° 39/2023, Letra: TCP-CA citando el Informe Legal N° 180/2018, Letra: TCP-CA**, se mantuvo que: *"(...) Esta caracterización de las herramientas creadas por la norma como excepcionales habilitaría su uso, a entender de esta parte, cuando los institutos ordinarios ya previstos normativamente no otorguen una solución, o ésta sea parcial o extemporánea, lo que se traduce a criterio del suscripto, en la necesidad de fundar expresamente el uso de estas herramientas en cada expediente en particular, mediante un informe técnico circunstanciado, que compare su uso con el uso de las otras herramientas ordinarias previstas, demostrando expresamente la ineficacia o insuficiencia de estas últimas y lo acertado y eficaz del uso de la herramienta extraordinaria otorgada por la resolución".*

Además, como pautas a considerar en oportunidad de determinar el “quantum” de los contratos que se pretenderían revisar, el Informe Legal antes mencionado, también advirtió que: “(...) *deberá tenerse en cuenta en cada readecuación de los contratos y en especial en los considerandos que los autoricen, que esa situación no haya sido agravada por la falta o tardía ejecución de las obras por parte del contratista (art. 39 ley N° 13064) por incumplimiento del plan de trabajo o el retraso en la curva de inversión sin que exista causa de justificación, lo que deberá ser acreditado en el expediente de corresponder (...).*”

Por último, en relación a la readecuación del contrato (...) con el objeto de mantener la ecuación económico-financiera y permitir la continuidad de la obra, se debe tener en cuenta lo afirmado por calificada doctrina que sostiene: ‘Así las partes deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato en términos tales de reequilibrar el acuerdo originario. La regla básica es entonces que la parte favorecida debe asumir el desequilibrio de las prestaciones con el objeto de mejorar equitativamente los efectos causados’.

De acuerdo con lo anterior, en relación a una eventual revisión de los términos económicos de los contratos, entiendo que sería necesario que se demuestre en la obra en particular el efectivo quebranto producto del desequilibrio económico generado por circunstancias ajenas a las partes e imprevisibles y, para restablecer el equilibrio económico de las obras, no podría perderse de vista el *alea* normal que la parte debe soportar en toda contrato.

Además, en relación a la coparticipación de riesgos sobrevinientes, en el mentado Informe Legal se dejó sentado que la Corte Suprema de Justicia en oportunidad de pronunciarse en los casos “Bonfanti di Biasio S. C.-Enrieto E. C.” y, más recientemente, en “Construcciones Industriales y Civiles y en “Glikstein-



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Enrieto U.T.E." señaló que: "(...) la protección de la ecuación económico-financiera del contrato no implica sustracción de los riesgos ordinarios en el campo de los negocios, sino protección de los perjuicios que correspondan al álea anormal de los mismos, protección que según los supuestos fácticos, puede lograrse mediante el reconocimiento de los mayores costos -ajeno, como se verá, a las condiciones del contrato ahora analizado- o de la teoría de la imprevisión (criterio de "Laromet", A. y S. T. 79, pág. 107).

Ello significa que quien contrata con la Administración obtiene a cambio del 'opus' que realiza una retribución que, 'prima facie', satisface el precio de los trabajos ejecutados por el cocontratante, y no puede legítimamente pretenderse que la Administración deba hacerse cargo de cualquier perjuicio eventual que pueda sufrir el contratista durante la ejecución de los trabajos, excepción hecha de las situaciones que expresamente contempla la normativa aplicable a cada caso o de aquellas otras que puedan ser admitidas desde la óptica de la imprevisión.

Por lo tanto, si la actora por alguna razón entiende que los términos económicos del contrato se han tornado irrepresentativos, debe acreditar o bien el incumplimiento contractual de la comitente o la configuración de los requisitos que permiten la excepcional revisión del contrato; y no limitarse únicamente a reclamar, como una exigencia de la justicia distributiva, el reconocimiento de los mayores costos que, según dice, debió soportar".

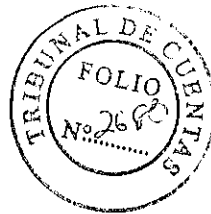
A su vez, con el voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en los autos "Desaci SA y otros v. Ferrocarriles Argentinos s/ contrato de obra pública", del 28/6/2005, se sostuvo que: "(...) es principio generalmente aceptado que el contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las

pérdidas derivadas con relación al caso fortuito y extraordinarios o hechos del príncipe; y sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y a la recomposición del contrato, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisiones ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato (...), tal principio significa, en consecuencia, que el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas” (el destacado no es original).

En síntesis, en oportunidad de readecuar los términos contractuales, las partes deberán tener en consideración, el principio del esfuerzo compartido, por lo que la parte perjudicada **no podría pretender la recomposición absoluta del equilibrio inicial**, sino solo expurgar al contrato de la flagrante injusticia que las nuevas circunstancias le han impuesto, debiendo ambas partes aportar su cuota de sacrificio.

Ahora bien, en el caso particular, las partes parecerían haber optado por reemplazar el mecanismo previsto en el pliego, por “*otro más representativo de los costos reales*” en palabras del Memorándum N° 163, readecuando únicamente el precio del contrato, por lo que se deberá tener presente que es necesario que este acreditado de manera fehaciente el quebranto económico que conllevaría la no modificación del sistema previsto originalmente para su actualización, además de que en la readecuación se tomó en cuenta la teoría del esfuerzo compartido.

En este orden de ideas, el Memorándum N° 163 también se entendió en el mismo sentido y allí se requirió, la confección de informes técnicos económicos que demuestren la irrepresentatividad del decreto mencionado y la razonabilidad de la readecuación del precio propuesta, **a lo que agrego –como expuse ut supra- que deberían reflejar esa readecuación del precio, los esfuerzos compartidos.**



"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

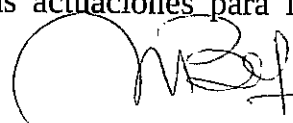
Ahora bien, una vez cumplidos los presupuestos y readecuado el precio del contrato, no resultaría posible a futuro el apartamiento del decreto establecido para la redeterminación de precios de ese contrato, pues esa parte del contrato no fue readecuado.

III. CONCLUSIÓN

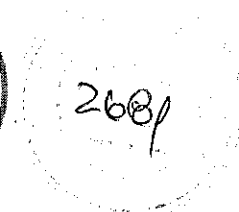
Analizadas las actuaciones a la luz de las consideraciones vertidas, los antecedentes de este Tribunal de Cuentas citados, las posiciones doctrinarias invocadas y las pautas legales que deben observarse en el caso, -como consecuencia de lo expuesto precedentemente- correspondería mantener el Incumplimiento Sustancial N° 1, expuesto en el Informe Contable N° 115/2023 Letra: T.C.P.-AOP., hasta tanto no se acredite de manera fehaciente y mediante Informes Técnicos la falta de representatividad del mecanismo primigenio de actualización del precio y la razonabilidad de aquel adoptado en consecuencia (más allá de la falta de culpa del contratista y de los otros requisitos necesarios de acreditar a la luz de la teoría de la imprevisión), demostrando sobre este último, que efectivamente se tomó en cuenta el esfuerzo compartido en el nuevo precio readecuado.

Por último se destaca, que en la medida que el sistema redeterminativo no formó parte de la readecuación efectuada, este sistema deberá regir una vez aprobado el precio sobre el resto del contrato.

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


Dra. Dalana Belén BOGADO
ABOGADA
Mat. N° 817 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia





"2024 - 30º ANIVERSARIO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994"

Nota Interna N.º 666/2024

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

Ref.: Expte N° 65/2019

Letra: T.C.P. – D.P.P.

Ushuaia, 22 de abril de 2024.-

**AL AUDITOR FISCAL A/C
DE LA SECRETARÍA CONTABLE
C.P. DAVID RICARDO BEHRENS**

Comparto el criterio vertido por la Dra. Daiana Belén BOGADO, en el Informe Legal N.º 52/2024, Letra: T.C.P.-C.A., efectuado en el marco del Expediente del corresponde, perteneciente al Registro de la Dirección Provincial de Puertos, caratulado: *"REMODELACIÓN INTEGRAL Y AMPLIACIÓN GALPÓN PUERTO RÍO GRANDE"*.

A través del mentado informe, se evacuó la consulta legal efectuada por la Auditora Fiscal, C.P. Milagros ECHAGUE, en relación la viabilidad y procedencia del mecanismo de recomposición del saldo de obra pendiente de ejecutar, por el que se apartarían del procedimiento establecido por Decreto provincial N° 73/2003 para el cálculo de las redeterminaciones de precios.

En consecuencia, giro a usted las presentes para la continuidad del trámite.

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

