Informe Legal N.° 104/2022

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

Cde: Expte. N.° MFP-E-9370-2020

Ushuaia, 22 de abril de 2022

SEÑORA COORDINADORA LEGAL
DRA. MARÍA JULIA DE LA FUENTE

Vienen a este Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro del Gobierno provincial, caratulado: *"COMPRA DE ALIMENTOS PARA LA CONFORMACIÓN DE BOLSONES ALIMENTARIOS DE LAS CIUDADES DE USH/TOLHUIN/RG"*; a los fines de dar respuesta a una consulta legal respecto de la autorización al llamado a presentar ofertas y la intervención de la auditoría interna en los procedimientos de contratación directa por urgencia.

I. ANTECEDENTES:

En el Informe Contable N.° 498/2021, Letra: T.C.P.-P.E., incorporado a fojas 107/112, se señaló dos incumplimientos sustanciales en los siguientes términos:

"4.1. Incumplimientos sustanciales

<u>Incumplimiento Sustancial N.° 1</u>: 'Incumplimiento a lo establecido en el Inciso a) del Artículo 32 de la Ley Provincial N.° 1015, 'Formalidades de las actuaciones', en virtud de que no obra en el expediente acto administrativo que autorice la convocatoria y el llamado a cotización.'

Descargo: "Al respecto debe tenerse en cuenta que la contratación en cuestión se tramito mediante el supuesto de excepción previsto por el articulo 18, inciso b) de la Ley Provincial Nº 1015, cuyo encuadre se encuentra dado por el Decreto Provincial Nº 330/2020 que autoriza la apertura del Fondo Permanente de la Dirección General de Insumos Básicos, dentro del cual se gestiono la Compra Directa Nº 00031/2020 de la RAF 1015.'

Análisis: no obstante el descargo efectuado, cabe resaltar que el accionar de la administración no puede colisionar con las disposiciones de la Ley Provincial N.° 1015 que regula el Régimen de Compras y Contrataciones. En el artículo 32 de la mencionada norma se establece una serie de actuaciones que deben realizarse mediante el dictado de acto administrativo, entre las que se encuentra la convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección. Es por ello que no se considera subsanado el incumplimiento sustancial detectado.

Incumplimiento Sustancial N.º 2: No se verifica la correspondiente intervención de la Auditoría Interna en forma previa a la adjudicación como así tampoco en forma previa al pago por lo que se constata un apartamiento a lo reglamentado en la Ley Provincial N.º 495, artículo 97, y Resolución Contaduría General N.º 12/13, Anexo I, Punto 5, incisos b) y j).

Descargo: En relación a la falta de intervención de la Auditoría Interna, es necesario traer a mención el contexto en el que se llevo adelante las presentes actuaciones, inicio de pandemia donde a raíz de los numerosos contagios se decreto a nivel nacional y provincial cuarentena estricta, estando prohibida toda circulación de personal no autorizado. Por lo cual, si bien el personal dependiente a la Administración Publica trabajo en forma remota, el Decreto Provincial Nº 465/2020, establece en su articulo 5° que las áreas administrativas estaban autorizadas a realizar las contrataciones que se requieran en el mencionado marco, esto además de que era imperioso

suministrar al área solicitante los insumos lo más rápidamente posible con el fin de brindar la ayuda alimentaria a los beneficiarios.

<u>Análisis:</u> sin perjuicio de lo informado por el Director General de Insumos Básicos, el incumplimiento detectado no se considera subsanado. Resulta oportuno analizar el presente apartamiento a la luz de lo dispuesto por la Resolución Plenaria N.° 62/2020 mediante la cual se observa el Decreto Provincial N.° 612/2020, artículo 8° entre otros, en cuya parte pertinente reza:

'(...) Por ende, al disponer el artículo 8° del Decreto provincial N° 612/2020, que el control interno se efectuará en forma posterior al pago, lo hace con un vicio en uno de sus elementos esenciales (artículo 99 inciso a) Ley provincial N°141) por carecer de competencia para ello, que en particular provocaría su nulidad absoluta (artículo 110 inciso a) Ley N° 141) y debería ser observado por este Tribunal, requiriendo su derogación en sede administrativa (artículo 113 Ley N° 141).

A mayor abundamiento, visto desde la óptica expuesta en el título preliminar en relación a la faz dinámica del entendimiento de la Carta Magna y su límites, al existir una norma constitucional que regula el control interno por intermedio de la Ley de Contabilidad (artículo 168) y disponer esta última, la facultad normativa expresa en cabeza de la Contaduría General, parecería ello resultar un límite infranqueable o núcleo del sistema constitucional impuesto en materia de control, por lo que no podría ser avasallado conforme a los límites impuestos por la última parte del inciso 19, del artículo 135 de la Constitución Provincial.

Ello es así, puesto que convalidar la competencia asumida por el Poder Ejecutivo en la materia, dejaría sin herramientas a la Contaduría General para

cumplir el rol que fue llamado a realizar por la propia norma suprema, lo que frustraría sus fines.

Como cuestión paralela y más allá de lo afirmado respecto de la facultad normativa y su necesario reproche jurídico, entiendo que igual subsistiría sobre la Contaduría General la tarea de control interno dispuesta por el artículo constitucional citado (...)'"

Respecto de la autoría de las inconductas señaladas, en el mismo informe no se identificó quienes serían los funcionarios responsables, sólo se indicó que sería *"quien debió emitir el acto administrativo de autorización de la convocatoria y el llamado a cotización y aquel que omitió su remisión a la Auditoría Interna"*.

En cuanto al presunto perjuicio fiscal, se opinó que: *"los incumplimientos sustanciales detectados no resultan suficientes para presumir un posible perjuicio al erario público en esta instancia"*.

De tales conclusiones se corrió traslado al Ministerio de Finanzas Públicas (a fojas 114 y 115), las que fueron respondidas mediante la Nota sin número, Letra: D.P.I.-O.P.C., del 30 de diciembre de 2021, incorporada a fojas 116/117.

El nuevo documento de descargo fue analizado en el Informe Contable N.º 64/2022 (Control Posterior-Poder Ejecutivo) en los siguientes términos:

"4.1. Incumplimientos sustanciales

Incumplimiento Sustancial N.º 1: 'Incumplimiento a lo establecido en el Inciso a) del Artículo 32 de la Ley Provincial N.º 1015, 'Formalidades de las actuaciones', en virtud de que no obra en el expediente acto administrativo que autorice la convocatoria y el llamado a cotización.'

Descargo: 'Esta Dirección Provincial trae a mención lo normado en la Resolución O.P.C. N.° 17/2021, la cual distingue la contratación directa por compulsa abreviada y la contratación directa por adjudicación simple, resultando esta última procedente por ejemplo en los supuestos de contrataciones directas por urgencia, supuesto que aquí se analiza.

Bajo la misma línea, conforme las previsiones del Decreto N.° 417/2020 y el Manual de Procedimientos de Compras, en las contrataciones que se encuadran en el artículo 18 apartado b) de la Ley N.° 1015, no será obligatorio para el organismo contratante emitir el acto administrativo por el cual se autorice el llamado.

De esta manera, y no obstante para el presente procedimiento, Contratación Directa por adjudicación simple del artículo 18 inciso b) de la Ley N.° 1015, no resulta necesario u obligatorio la suscripción del acto administrativo que autorice a convocatoria.

Lo normado mediante las previsiones reglamentarias indicadas no debe ser entendido como un incumplimiento de lo establecido en el art. 32 inciso a) de la Ley Provincial N.° 1015, sino una postergación de su cumplimiento, es decir, difiriendo su exigencia en el tiempo, extremo que debe ser satisfecho por la autoridad competente en oportunidad de suscribir el acto administrativo de adjudicación en el que deberá necesariamente pronunciarse sobre el procedimiento elegido y las bases que rigieron el llamado. Todo ello, conforme a lo esperado en los trámites simplificados.'

Análisis: No aportando nuevos elementos de juicio, se reitera lo ya expresado en el Informe Contable N.° 498/2021, Letra TCP-PE.

Incumplimiento Sustancial N.° 2: 'No se verifica la correspondiente intervención de la Auditoria Interna en forma previa a la adjudicación como así

tampoco en forma previa al pago por lo que se constata un apartamiento a lo reglamentado en la Ley Provincial N.º 495, artículo 97, y Resolución Contaduría General N.º 12/13, Anexo I, Punto 5, incisos b) y j)'

Descargo: 'No resulta resorte de esta Dirección y escapa a las competencias de la misma requerir la derogación en sede administrativa un Decreto Provincial.'

Análisis: No aportando nuevos elementos de juicio, se reitera lo ya expresado en el Informe Contable N.º 498/2021, Letra TCP-PE".

Como consecuencia de este nuevo documento, la Secretaría Contable emitió la Nota Interna N.º 599/2022, Letra T.C.P.-S.C., N.º 599/2022, solicitando a la Auditora Fiscal que cumpla con la Resolución N.º 122/2018 y que determine a través de qué actos y/u omisiones se produce la transgresión normativa y que indique cuáles serían los agentes o funcionarios que serían responsables en función de las actuaciones.

A propósito de tal instrucción, si bien se respondió mediante la Nota Interna N.º 608/2022, Letra: T.C.P.-Deleg. P.E., incorporada fojas 124, no se dio respuesta a lo requerido, sino que se limitó a señalar que *"en virtud de los incumplimientos sustanciales 1 y 2 detectados e informados y analizados en el informe contable 498/2021 Letra TCP-PE, ratificados en el Informe Contable N.º 64/2022 de fecha 14/03/2022 por no surgir nuevos elementos de juicio, se sugiere que salvo mejor y más elevado criterio dar intervención a la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas".*

II. ANÁLISIS

II.1. Prescripción

A partir de que las Auditoras Fiscales consideraron que, si bien hubo apartamientos normativos, no había elementos para presumir la existencia de

perjuicio fiscal, se podría concluir que las atribuciones del Tribunal de cuentas que podrían ejercerse son las previstas en los incisos h) y g) del artículo 4° de la Ley provincial N.° 50.

De estas facultades, la de formular recomendaciones (inciso g) no tiene limitaciones temporales; sin embargo, la aplicar sanciones (inciso h) tiene plazo de prescripción que, para el momento en el que se realizaron estas compras, era de UN (1) año.

Respecto desde que momento debe comenzar a computarse el plazo, en sede judicial se ha resuelto que:

"Se configura, en cambio, una situación de 'desobediencia a las resoluciones fundadas sobre requerimiento de documentación y/o trasgresiones a las disposiciones legales y/o reglamentarias, estipuladas en la Ley 50, Artículo 4°, incisos c) y f), Artículos 33°, 34°, 40° y 44°' (conf. descripción de conductas punibles y sanción pertinente, que formula la reglamentación del art. 4 inc. h) de Ley N° 50). De modo que habrá que indagar en cada una de esas normas cuál es el razonable dies a quo de la prescripción derivado de ellas, en vista al control posterior a que se sujeta el acto emanado del agente o funcionario municipal cuya labor se audita en la ocasión dada.

Tengo para mí que, para el concreto supuesto descripto en el art. 44°, la actuación en infracción normativa tiene lugar con la suscripción del acto administrativo que instrumenta la compra cuestionada por el órgano de control, y el lapso prescriptivo se inicia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial Municipal o con la recepción de las actuaciones por el Tribunal de Cuentas, lo que resulte anterior en el tiempo. Lo consignado en primer término importa una razonable y objetiva posibilidad de información por parte de la demandada que da pie al pleno ejercicio del control posterior; y lo indicado en

segundo lugar, representa un directo conocimiento a los mismos fines" (Superior Tribunal de Justicia, causa: *"Sciurano, Federico c/ Tribunal de Cuentas de la Pcia. s/ Contencioso Administrativo", expediente Nº 2394/10 de la Secretaría de Demandas Originarias"*, sentencia del 2 de noviembre de 2012).

Así mismo, en situación análoga se resolvió:

No media -en este último caso- una rendición de cuentas, un hecho que causó daño o un daño posterior, que obren como puntos de partida del plazo de prescripción liberatoria del sujeto sancionado.

Se configura, en cambio, una situación de "desobediencia a las resoluciones fundadas sobre requerimiento de documentación y/o trasgresiones a las disposiciones legales y/o reglamentarias, estipuladas en la Ley 50, Artículo 4º, incisos c) y f), Artículos 33º, 34º, 40º y 44º" (conf. descripción de conductas punibles y sanción pertinente, que formula la reglamentación del art. 4 inc. h) de Ley Nº 50). De modo que habrá que indagar en cada una de esas normas cuál es el razonable dies a quo de la prescripción derivado de ellas, en vista al control posterior a que se sujeta el acto emanado del agente o funcionario municipal cuya labor se audita en la ocasión dada.

Tengo para mí que, para el concreto supuesto descripto en el art. 44º, la actuación en infracción normativa tiene lugar con la suscripción del acto administrativo que instrumenta la aprobación cuestionada por el órgano de control, y el lapso prescriptivo se inicia al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial Municipal o con la recepción de las actuaciones por el Tribunal de Cuentas, lo que resulte anterior en el tiempo. Lo consignado en primer término importa una razonable y objetiva posibilidad de información por parte de la demandada que da pie al pleno ejercicio del control posterior; y lo indicado en segundo lugar, representa un directo conocimiento a los mismos fines" (Superior Tribunal de Justicia, *"Guglielmi, Viviana Stella c/ Tribunal de*

Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo", sentencia del 15 de agosto de 2014).

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Provincial, a partir de que la Resolución M.F.P. N.° 218/2020, del 21 de abril de 2020, incorporada a fojas 23/24, en la que se autorizó, aprobó y adjudicó la compra,fue publicada en el Boletín Oficial N.° 4608 del 26 de mayo de 2020, cabría concluir que, en caso de corroborarse que hubo conducta antijurídica, los autores se habrían liberado el 26 de mayo de 2021 de las posibles sanciones por apartamientos normativos.

Ahora bien, si fuese el caso que hubiese funcionarios cuyas conductas que se apartan del procedimiento de contratación directa por urgencia, aún si las acciones estuviesen prescriptas, nada enervaría las facultades del Tribunal de Cuentas para realizar las recomendaciones a las que le habilita el inciso g) del artículo 4° de la Ley provincial N.° 50.

II.2. Los incumplimientos sustanciales

En estas actuaciones, que se desarrollaron durante la emergencia sanitaria por COVID-19, se verifica que:

1. en abril de 2020, a un mes de que se decretara una estricta cuarentena a nivel nacional, el Gobierno Provincial decidió adquirir alimentos para distribuir en las tres ciudades de la provincia;
2. para concretarlo, se aplicó el procedimiento de urgencia previsto en la Ley provincial N.° 1015 -artículo 18, inciso b-;
3. se convocó a cotizar a SEIS (6) empresas del rubro que tuvieran logística suficiente para proveer los insumos;

4. los contratos fueron adjudicados mediante la Resolución del Ministerio de Finanzas Públicas N.º 218/2020, del 21 de abril de 2020, publicada en el Boletín Oficial N.º 4608 del 26 de mayo de 2020;
5. que el pago se realizaría desde el Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios, creado mediante el Decreto provincial N.º 330/2020 (B.O. 4550, del 02/02/20) y modificado por su similar N.º 411/2020 (B.O. 4559, del 13/03/20);
6. se certificó que los precios se correspondían con los del mercado (Informe de la Coordinación Provincial de Redeterminación de Precios, a fojas 90); y
7. que los bienes pagados se ajustaban con las cantidades contratadas y facturadas (descargo de requerimientos a fojas 105).

En dicho marco, en el Informe Contable se señala que no hay elementos para presumir perjuicio fiscal pero que hay dos apartamientos normativos que considera sustanciales.

El primero, a fojas 109 vta., señala el *"Incumplimiento a lo establecido en el Inciso a) del Artículo 32 de la Ley Provincial N.° 1015"*. Dicha norma textualmente dice: *"Deberán realizarse mediante el dictado de acto administrativo como mínimo las siguientes actuaciones: a) convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección, aprobación de los pliegos de bases y condiciones y designación de la comisión de preadjudicación"*

El segundo, a fojas 109 vta y 110, y en que *"No se verifica la correspondiente intervención de la Auditoría Interna en forma previa a la adjudicación como así tampoco en forma previa al pago por lo que se constata un apartamiento a lo reglamentado en la Ley Provincial N.º 495, artículo 97, y Resolución Contaduría General N.º 12/13, Anexo I, Punto 5, incisos b) y j)"*.

Así queda establecido que la Auditora Fiscal no cuestiona la situación de emergencia, ni el procedimiento de selección elegido; tampoco objeta la ejecución o el pago del contrato, ni si los contratistas estaban habilitados para contratar con el Estado o si hubo o no competencia en los precios, sino que se enfoca en dos cuestiones formales, procesales.

Para las observaciones respecto de los incumplimientos procesales, la buena técnica obliga a distinguir dos aspectos: por un lado, si la conducta del operador se ajustó a la norma; por otro, la legalidad de la norma en sí misma. La legitimidad y oportunidad para cuestionar cada una de esas dimensiones son distintas y, por ende, también lo son sus consecuencias.

Ahora bien, resulta que la Resolución Plenaria N.º 122/2018, que da fundamento a los informes contables que aquí se analizan, define como incumplimiento sustancial a aquellos *"incumplimientos y faltas graves que podrían traer aparejado un perjuicio al erario público o un grave apartamiento normativo"*.

Siguiendo este camino reglamentario y considerando que, en los informes contables que aquí se analizan señalaron que no hay elementos para presumir la existencia de perjuicio al erario, es claro que lo que se debe verificar es cuál es la norma aplicable al caso y si la conducta del operador administrativo se ajusta a ella, asuntos que se analizan en los dos capítulos siguientes.

II.3. Acerca del Incumplimiento Sustancial N.º 1.

En el Informe Contable N.º 498/2021, del 2 de diciembre de 2021, a fojas 109 vuelta, el Incumplimiento Sustancial N.º 1 sostiene *"Incumplimiento Sustancial N.º 1: 'Incumplimiento a lo establecido en el Inciso a) del Artículo 32*

de la Ley Provincial N.° 1015, 'Formalidades de las actuaciones', en virtud de que no obra en el expediente acto administrativo que autorice la convocatoria y el llamado a cotización.'

Si bien el artículo 14 de la Ley provincial N.° 1015 establece que el principio general de las contrataciones estatales es la licitación pública, en la misma norma se establecen excepciones a este régimen. Una de esas excepciones es *"cuando medien probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, o su realización resienta seriamente el servicio"* (artículo 18, inciso b).

De manera coherente, también prevé -para los trámites excepcionales- que: *"Quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento las contrataciones directas encuadradas en el artículo 18, incisos b), d) y h)"* (artículo 34).

Parece claro que en los casos de urgencia o emergencia (la ley los trata del mismo modo), para resolver la situación con la máxima rapidez posible, se exime al operador administrativo de la difusión en cualquiera de sus etapas. Teniendo en cuenta que la difusión es el requisito que menos interrumpe el procedimiento, podría sostenerse razonablemente que está eximido de las intervenciones que mayor intervención tienen en el procedimiento, por ejemplo: dictar y publicar la convocatoria, el encuadre, pliegos y comisión de evaluación.

A partir de este plexo normativo y de la propia esencia de la compra por urgencia o emergencia (asunto que retomamos debajo), podría entenderse que el texto del artículo 32, inciso a) de la Ley provincial N.° 1015, que dice *"Deberán realizarse mediante el dictado de acto administrativo como mínimo las siguientes actuaciones: a) convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección, aprobación de los pliegos de bases y condiciones y designación de la comisión de preadjudicación"* hace referencia al régimen general y no se

aplica a la situación excepcional de la urgencia o emergencia, que la ley trata del mismo modo.

Recuérdese que las normas deben leerse en su totalidad y armónicamente, no en porciones. Podría entenderse como una grave inconsistencia que el Legislador, para dar solución a la situación catastrófica, libere de la obligación de difundir una compra en la página web de la Oficina Provincial de Contrataciones pero que al mismo tiempo imponga la publicación en el Boletín Oficial convocando a los interesados, más el deber de los operadores de confeccionar pliegos y establecer una comisión que evalúe las ofertas.

Además, habría que considerar la propia esencia de la contratación directa por emergencia o urgencia (satisfacer una necesidad social, en la que están en juego mínimos existenciales, en plazos brevísimos y perentorios) justifica por sí misma la excepción al artículo 32.

En el mismo sentido, se podría entender que los principios de eficiencia y eficacia previstos en el artículo 3º del la Ley provincial N.º 1015 como criterios interpretativos de los hechos y del derecho, justifican que la propia norma exima de la difusión, en cualquiera de las etapas, a este tipo de procedimientos, otorgarían causa de justificación suficiente para omitir intervenciones más complejas y requieren más tiempo, exculpando al operador administrativo en caso que se omitiese la convocatoria pública, aprobación de pliegos y determinación de los evaluadores.

Esta afirmación se funda también en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia que sentenció:

"Todo instituto basado en la urgencia se caracteriza por el empleo de procedimientos que no son los normales y por el dato tiempo que es fundamental. Veamos estas características.

V.- La sustitución de un procedimiento jurídico administrativo normal por uno excepcional es una nota de la urgencia que viene confirmada por el derecho positivo. En efecto, la nueva Constitución nacional, en su art. 99 inc. 3° permite, en situaciones excepcionales, (Ver GRECCO, Carlos M., 'Las circunstancias excepcionales del art. 99 inc. 3° de la Constitución Nacional', en Revista de Jurisprudencia Provincial, año 5, n°5, mayo 1995, págs. 313 y ss), que la facultad de legislar, que corresponde al Congreso, sea sustituida por una facultad excepcional que se acuerda al Ejecutivo, de poder dictar un reglamento de necesidad o urgencia con eficacia de ley formal. Así como también el instituto de la licitación cede a veces, en casos de urgencia, al principio excepcional de la contratación directa.

La insuficiencia jurídica del procedimiento normal justifica la utilización de los institutos excepcionales de la urgencia. El procedimiento de urgencia lo que posibilita es obtener el fin perseguido; es el único procedimiento idóneo para alcanzar la meta. La sustitución de un procedimiento normal por uno excepcional radica en la insuficiencia de uno y en la idoneidad del otro para conseguir el fin propuesto.

VI.- La insuficiencia del medio normal ha de serlo en razón del tiempo. Quiere con ello significarse que el tiempo es la causa por la cual el procedimiento administrativo normal no sirve para lograr el fin perseguido.

La utilización del procedimiento normal alcanzaría la misma meta que el procedimiento de urgencia, si no fuera por el dato tiempo. Y este es esencial en el caso. La insuficiencia implica imposibilidad de alcanzar el fin perseguido por la incapacidad de lograrlo por un medio normal, pero dicho fin es posible de realizarse si se emplea un trámite de urgencia (...)

IX.- Por ello si no es posible que la Administración califique de urgente una situación cualquiera, modificando las facultades normales y que esa calificación sea irrevisible judicialmente cuando justamente, si no existiera la urgencia, la medida sería inconstitucional o ilegal, tampoco lo es la descalificación por que el órgano controlante opina que no se da la urgencia. El ejercicio del control no es discrecional, es conforme al bloque de legalidad, apreciada conforme a pautas lógicas, razonables; en última instancia, de sentido común.

Interesa, como primer recaudo, que la urgencia exista realmente, ya que dando ella ocasión, por ejemplo, al ejercicio mas amplio de la facultad de selección del contratista no podría jamás validarse si para tal ejercicio faltara la urgencia que la condiciona y justifica. Por eso el Poder Administrador puede contratar directamente únicamente al producirse los presupuestos fácticos que legalmente lo habilitan para ello. Lo propio ocurre con cualquier otro procedimiento de urgencia. De allí que proceda la fiscalización de las circunstancias de aquellos presupuestos.

X.- Si bien la referencia que hago se refiere a los poderes de la Justicia, para aplicarla analógicamente al supuesto de autos, es decir al control administrativo del Tribunal de Cuentas, ello en modo alguno significa equiparar -material y sustancialmente- las funciones del Poder Judicial con las de aquél. El hecho de éste decisorio ya revela la esencia distinta de ambos, -ver mi trabajo, '¿Quién controla a los controladores? El control judicial de los actos del Tribunal de Cuentas'. (A propósito de un fallo de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires), en El Derecho, t. 115, págs. 415 y ss-. Lo que quiero significar con el hilo argumental que voy siguiendo, es que lo que no puede revisar el Poder Judicial menos aún puede hacerlo el Tribunal de Cuentas, y que las pautas a que aquél debe ajustarse no pueden ser obviadas por éste"

(Superior Tribunal de Justicia, causa *"Galego, Horacio Jorge c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Recurso de Apelación"*, Expediente N.° 446/1997, sentencia del 4 de febrero de 1999).

Concurre en la misma línea que el Decreto provincial N.° 330/2020 (B.O. 4550, del 02/02/20), que crea el "*Fondo Permanente Dirección General de Insumos Alimentarios*" para atender la emergencia alimentaria dispone*"Encuadrar las contrataciones que surjan como utilización del Fondo Permanente en el artículo 18, inciso b) de la Ley Provincial N° 1015"* (artículo 6°) y que en el Decreto provincial N.° 411/2020 (B.O. 4559, 13/03/20) que lo modifica, se delega en Ministerio de Finanzas Públicas la suscripción de los actos administrativos de aprobación y adjudicación de las contrataciones que en este marco se realicen.

Puede verse que existe un acto administrativo, que no ha sido observado por el Tribunal de Cuentas, debidamente publicado, anterior al procedimiento que aquí se analiza, en el que se resolvió ordenar que todos los procedimientos para cumplir el objeto serían de contrataciones directas de emergencia.

También hay circunstancias objetivas (epidemia mundial de un virus desconocido, cuarentena estricta, personas sin trabajo, comedores escolares cerrados, etc.) que dan fundamento a los actos administrativos que decretaron la emergencia. Admitido estos hechos, hay que aceptar las consecuencias jurídicas que acarrean. Por este camino se podrían citar, entre muchos otros, los Decretos nacionales N.° 260/2020, N.° 297/2020, N.° 325/2020 y N.° 355/2020, y los Decretos provinciales N.° 467/2020, N.° 468/2020, N.° 524/2020, N.° 536/2020 y N.° 587/2020.

Incluso, podría interpretarse que, aunque posterior al procedimiento de compra, la Resolución M.F.P. N.° 218/2020 (a fojas 23/24) también cumpliría con alguno de los requisitos del artículo 32 de la Ley provincial N.° 1015

(elección del tipo de de procedimiento) aunque no se puede realizar una convocatoria después de recibidas las ofertas y que en dicho acto no se aprueban pliego de bases y condiciones ni designe comisión de preadjudicación, como requiere el inciso a) del artículo 32 de la Ley provincial N.° 1015.

Ahora bien, mientras que, por un lado, el régimen general prevé un trámite excepcional para las compras por emergencia y les quita el requisito de difusión en todas las etapas a los fines de desburocratizar el procedimiento (y así también se lo ha considerado en sede judicial), en el Informe Contable N.° 498/2021, al momento de analizar el descargo a la observación, se expresó: *"no obstante el descargo efectuado, cabe resaltar que el accionar de la administración no puede colisionar con las disposiciones de la Ley Provincial N.° 1015 que regula el Régimen de Compras y Contrataciones. En el artículo 32 de la mencionada norma se establece una serie de actuaciones que deben realizarse mediante el dictado de acto administrativo, entre las que se encuentra la convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección. Es por ello que no se considera subsanado el incumplimiento sustancial detectado"* (a fojas 109 vuelta).

Hay que decir que, en el mismo sentido que el argumento de la Auditora Fiscal, el Informe Legal N.° 90/2020, Letra: T.C.P.-S.L., del 20 de julio de 2020 -que la Resolución Plenaria N.° 191/2020 aprobó e hizo propio-, en el que se analizó la Resolución O.P.C. N.° 84/2020, acerca de la situación que aquí se estudia dijo:

"(...) Aquí no se prevé la difusión del acto administrativo de llamado de la contratación.

El presente trata un procedimiento de selección por excepción y el punto 4 establecido en el Manual, debe ser entendido como el cumplimiento de

lo dispuesto en el inciso A del artículo 32 de la Ley Provincial Nº 1015, que establece que la convocatoria, elección del tipo de procedimiento de selección y aprobación de los pliegos deberán realizarse mediante el dictado de acto administrativo.

Entonces, no obstante tratarse de un procedimiento de selección excepcional dirigido a un proveedor particular en razón de las características del bien o servicio a adquirir, encuadrado en los supuestos del artículo 18 incisos B, C, F, G, H, I, J y M de la Ley provincial Nº 1015 (según se indica en el cuarto párrafo de las Consideraciones Generales), al no incluir la difusión del llamado, se estaría sorteando lo dispuesto en el quinto párrafo del artículo 34 de la Ley Nº 1015, que establece que todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, deben difundirse en todas las etapas (quinto párrafo) en el sitio del Órgano Rector. La misma ley a posterior en su sexto párrafo contempla las excepciones a esta regla, exceptuando de la difusión a los procedimientos encuadrados en el artículo 18 incisos B, D y H únicamente.

Por ello, atento a lo normado expresamente por la Ley Nº 1015 en sus artículos 32 y 34, se entiende a la norma bajo análisis en contraposición de lo reglado en esta preceptiva superior y por ende violatorio de la jerarquía normativa y del principio de concurrencia (art. 3 Ley Nº 1015)".

Esta observación generó como respuesta del titular de la Oficina Provincial de Contrataciones que, el 31 de agosto de 2020, indicó que: *"(...) A raíz de las discordancias esgrimidas en cuanto al cumplimiento del Artículo 32 inciso A) de la Ley 1015; se ha determinado incorporar ciertos elementos al Formulario de Solicitud de Cotización, a los efectos de equipararlo al estatus de acto administrativo (...) nada obsta a que el Formulario de Solicitud de Cotización, con la incorporación de ciertos elementos sea considerado como el acto administrativo al que hace referencia el artículo 32 inciso a) de la Ley*

Provincial Nº 1015, claro está, en los procedimientos de contratación directa por adjudicación simple"

Esta argumentación fue analizada en el Informe Legal N° 170/2020 Letra: T.C.P.-S.L. (que también fue aprobado y hecho propio por la Resolución Plenaria N.° 191/2020), y se concluyó que: *"En consideración de la propuesta de modificación al Formulario de Cotización, podría afirmarse que este cumpliría los recaudos de un acto administrativo que determine el encuadre de la contratación o elección del procedimiento de selección y que, además, actúe a su vez como acto de convocatoria a presentar ofertas, por lo que podría entenderse como cumplimentado el recaudo normativo expresado en la primer parte del inciso a) del artículo 32 de la Ley provincial Nº 1015, con la aprobación de la modificación traída a estudio.*

Del mismo modo, el agregado propuesto respecto de la difusión del Formulario de cotización, daría cumplimiento a la 'Difusión' requerida por el artículo 34, 5to párrafo de la Ley provincial Nº 1015.

Ello teniendo en miras además, que la Oficina Provincial de Contrataciones conforme al inciso b) del artículo 9 de la referida Ley, dicta normas '(...) reglamentarias, aclaratorias, interpretativas y complementarias en la materia'".

Así las cosas, es doctrina de este Organismo de Control que para los casos de compras por urgencia y emergencia también sería necesario un acto administrativo (que debe tener no sólo los elementos esenciales sino también cumplir con las condiciones de eficacia) que autorice la *"convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección, aprobación de los pliegos de bases y condiciones y designación de la comisión de preadjudicación"* (artículo 32, inciso a), de la Ley provincial N.° 1015).

Atento a que dichos extremos no se encuentran acreditados en estos obrados, se verificaría el apartamiento normativo observado por las Auditoras Fiscales y correspondería sostener el incumplimiento sustancial N.º 1, por lo que se podrían activar las atribuciones del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50.

Toda vez que la facultad de sancionar ese apartamiento normativo habría prescripto el 26 de mayo de 2021, queda habilitada la posibilidad de recomendar a los operadores del *"Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios"* a que en los sucesivo ajusten su conducta a las disposiciones de la Resolución O.P.C. N.º 17/2021 que reemplazó a su similar N.º 84/2020.

II.4. Acerca del Incumplimiento Sustancial N.º 2.

En el Informe Contable N.º 498/2021, del 2 de diciembre de 2021, a fojas 109 vuelta y 110 puede leerse: *"Incumplimiento Sustancial N.º 2: No se verifica la correspondiente intervención de la Auditoría Interna en forma previa a la adjudicación como así tampoco en forma previa al pago por lo que se constata un apartamiento a lo reglamentado en la Ley Provincial N.º 495, artículo 97, y Resolución Contaduría General N.º 12/13, Anexo I, Punto 5, incisos b) y j)"*.

Al respecto resulta oportuno recordar que comprar y pagar son procedimientos distintos.

Así, por un lado, debería considerarse que en este expediente se fiscalizó la rendición parcial del *"Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios"*. De ahí que la norma por la que debe regirse la conducta del operador administrativo no es la Resolución de Contaduría de Contaduría General N.º 12/2013 como se sostiene en los Informes Contables, sino su similar la Resolución C.G. N.º 2/2020, del 15 de enero de 2020; en ella se dispone que la

intervención de la Auditoría Interna es previa a la firma del acto de reposición o rendición de fondos (Anexo I, punto *"B- Rendición y Reposición de Fondos Permanentes"*, inciso III) y no previa a cada pago que se realice con el Fondo. Entonces, no siendo de aplicación la norma invocada por las Auditoras Fiscales, se podría sugerir levantar la observación en este sentido.

Distinta es la situación respecto de la intervención del órgano de control interno en el procedimiento de selección.

Si se considera que la reglamentación de las compras directas vigente al momento de los hechos que aquí se estudian era la Resolución de Contaduría General N.º 12/2013 y que a las compras por urgencia se les aplica el procedimiento general, entonces la regla aplicable es el inciso b) del punto 5 de dicha norma, como bien señala la Auditora Fiscal.

En dicho inciso se prevé: *"**b) Control interno.** Se remitirá el expediente a la Auditoria interna, incorporando el respectivo proyecto de acto administrativo de adjudicación, a fin de elaborar el informe previo, en el cual realizará consideraciones, recomendaciones u observaciones pertinentes, debiendo ser estas últimas subsanadas o justificadas por la D.A.F. que corresponda o área equivalente. Las consideraciones y recomendaciones serán objeto de comunicación para conocimiento del área involucrada y posteriores actuaciones que correspondan en función del tenor de las mismas. Cumplimentado ello, será remitido nuevamente a la Auditoría Interna a fin de su revisión emitiéndose el informe formal de control previo. En el mismo, el Auditor determinará si las observaciones han sido cumplimentadas y correctamente levantadas. Con respecto a las observaciones que no hayan sido subsanadas, el Auditor evaluará si las mismas no obstan la continuidad del trámite"*.

Como se puede corroborar en el expediente, no se cumplió con la intervención de la Auditoría Interna previa al acto administrativo de adjudicación incorporado a fojas 23/24. De ahí que, manteniendo la coherencia con el capítulo anterior, podría sugerirse mantener la observación sustancial en este aspecto.

Ahora bien, considerando la omisión detectada habría ocurrido en una fecha anterior a la Resolución M.F.P. N.º 218/2020, de 21 de abril de 2020 (acto administrativo de autorización, aprobación y adjudicación), a los fines de la prescripción de una posible sanción por incumplimientos normativos habría que comenzar a computar a partir de la publicación de la misma, el 26 de mayo de 2020 en el Boletín Oficial N.º 4608. Entonces, la facultad sancionatoria del Tribunal de Cuentas habría expirado el 26 de mayo de 2021.

Nada obsta que, en ejercicio del inciso g) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50, se recomiende a los operadores administrativos del *"Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios"* a que en los sucesivo ajusten su conducta a las disposiciones de la Resolución O.P.C. N.º 17/2021, o la que en el futuro la reemplace, y se dé intervención a la Auditoría Interna según lo allí dispuesto y de lo establecido el Plan de Acción de la Contaduría General de la Provincia.

III. CONCLUSIÓN

Las adquisiciones que aquí se analizaron ocurrieron en abril de 2020 bajo circunstancias objetivas de peligro sanitario, de reclusión obligatoria para toda la población y con una porción de la población con la necesidad urgente de recibir alimentos.

En ese marco, respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 1 debe concluirse que es doctrina de este Organismo de Control que para los casos de compras por urgencia y emergencia es necesario un acto administrativo (que

debe tener no sólo los elementos esenciales sino también cumplir con las condiciones de eficacia) que autorice la *"convocatoria y elección del tipo de procedimiento de selección, aprobación de los pliegos de bases y condiciones y designación de la comisión de preadjudicación"*.

Atento a que dichos extremos no se encuentran acreditados en estos obrados, se verificaría el apartamiento normativo observado por las Auditoras Fiscales y correspondería sostener el incumplimiento sustancial N.° 1, por lo que se podrían activar las atribuciones del artículo 4° de la Ley provincial N.° 50.

Toda vez que la facultad de sancionar ese apartamiento normativo habría prescripto el 26 de mayo de 2021, sumado a que desde que estos hechos ocurrieron se modificó la normativa de contrataciones en dos ocasiones (Resoluciones OPC N.° 84/2020 y N.° 17/2021) y que en la Resolución Plenaria N.° 191/2020 se ha considerado que el formulario de cotización es equivalente al acto administrativo de convocatoria a presentar ofertas en las contrataciones estatales, entonces carecería de sentido recomendar a los operadores del *"Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios"* a que ajusten su conducta a normas que perdieron vigencia.

Por todo ello, se sugiere declarar abstracta la observación sustancial N.° 1.

En cuanto al Incumplimiento Sustancial N.° 2, debería distinguirse que pagar y contratar son procedimientos distintos. La norma que reglamenta la intervención de la Auditoría Interna en los pagos que se realizan por fondos no es la Resolución de Contaduría N.° 12/2013, sino su similar Resolución C.G. N.° 2/2020, del 15 de enero de 2020.

Considerando que en ella se dispone que la intervención de la Auditoría Interna es previa a la firma del acto de reposición o rendición de fondos (Anexo I, punto *"B- Rendición y Reposición de Fondos Permanentes"*, inciso III) y no previa

a cada pago que se realice con el fondo, se podría sugerir levantar la observación en este sentido.

Por otro lado, si se considera que la reglamentación de las compras directas vigente al momento de los hechos que aquí se estudian era la Resolución de Contaduría General N.º 12/2013 y que a las compras por urgencia se les aplica el procedimiento general, entonces la regla aplicable es el inciso b) del punto 5 de dicha norma, como bien señala la Auditora Fiscal, entonces podría sugerirse mantener la observación sustancial en este aspecto.

Ahora bien, como la omisión detectada habría ocurrido en una fecha anterior a la Resolución M.F.P. N.º 218/2020, de 21 de abril de 2020, que es el acto administrativo de autorización, aprobación y adjudicación; por ello, a los fines de la prescripción de una posible sanción por incumplimientos normativos, habría que comenzar a computar a partir de publicación de la misma, el 26 de mayo de 2020, en el Boletín Oficial N.º 4608. Entonces, la facultad sancionatoria del Tribunal de Cuentas habría expirado el 26 de mayo de 2021.

Entonces, respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 2, con la distinción ya señalada, se podría activar el inciso g) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50 y realizar recomendaciones a los responsables del del *"Fondo Permanente de la Dirección de Insumos Alimentarios"* para que ajusten su conducta a la Resolución de la Oficina Provincial de Contrataciones N.º 17/2021 y al Plan de Acción de la Contaduría General.

Sin otra consideración, se elevan las presentes para continuidad del trámite.

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

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

Tribunal de Cuentas de Tierra del Fuego
Antártida
e Islas del Atlántico Sur

"2021- AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL"

Nota Interna N.º 996 /2021
Letra: T.C.P. - C.L.
Cde. Expte. N.º 9370/2020.
Letra: M.F.P.

USHUAIA, 26 de abril de 2022.

SEÑOR VOCAL DE AUDITORÍA
A CARGO DE LA PRESIDENCIA
C.P.N. HUGO SEBASTIÁN PANI.

Por medio de la presente me dirijo a Ud. en el marco del Expediente del corresponde, caratulado: ***"COMPRA DE ALIMENTOS PARA CONFORMACIONES DE BOLSONES ALIMENTARIOS DE LAS CIUDADES USH/TOLHUIN/RG"***, haciéndole saber que comparto los términos del Informe Legal N.º 104/2022 Letra: TCP-CA emitido por el Dr. Luis María GRASSO, de donde surge que dado el tiempo transcurrido no podría ejercerse la potestad sancionatoria a esta fecha, sin perjuicio del análisis realizado en torno a las observaciones sustanciales realizadas por la Auditora interviniente.

Así en torno a la ausencia de acto de convocatoria, actualmente en las contrataciones directas por adjudicación simple hace las veces de ese acto el formulario de cotización, lo que torna a la observación abstracta, dado el criterio sentado por este Organismo en la Resolución Plenaria N°191/2020, en donde de dijo: *"En consideración de la propuesta de modificación al Formulario de*

Cotización, podría afirmarse que este cumplirla los recaudos de un acto administrativo que determine el encuadre de la contratación o elección del procedimiento de selección y que, además, actúe a su vez como acto de convocatoria a presentar ofertas, por lo que podría entenderse como cumplimentado el recaudo normativo expresado en la primer parte del inciso a) del artículo 32 de la Ley provincial N° 1015, con la aprobación de la modificación traída a estudio".

Al respecto huelga señalar que la Resolución O.P.C. N.º 17/2021 receptó esta cuestión expresamente en el procedimiento dispuesto para las compras directas por adjudicación simple, por lo que la observación tal como estaba formulada pierde vigencia al día de la fecha, debiendo verificarse en todo caso que el formulario de cotización reúna los recaudos estipulado en el Anexo I, Capítulo I, Punto b, apartado 5 de la citada Resolución.

Por otro lado, respecto de la falta de intervención de la Auditoría Interna previo al acto de adjudicación, era una obligación que surgía de la Resolución C.G. N.º 12/13 vigente a la fecha de las contrataciones tramitadas por estas actuaciones, que continua hoy como un recaudo previo a adjudicar, conformes las disposiciones de la Resolución O.P.C. N° 17/2021, conforme el Anexo I, Capítulo I, Punto b, apartado 7 de la citada Resolución. En base a ello cabe efectuar una recomendación al efecto.

Elevo la presente a su consideración.

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