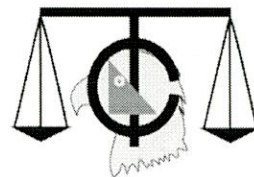




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

Ushuaia, 18 FEB 2022

VISTO: el Expediente del registro del Tribunal de Cuentas N° 334/2021 Letra: TCP-PR, caratulado: "ASESORAMIENTO SOLICITADO POR LA DPP S/ AMPLIACIÓN MUELLE COMERCIAL DEL PUERTO DE USHUAIA" y;

CONSIDERANDO:

Que a fojas 1 obra la Nota N° 1037/2021, Letra: D.P.P. del 27 de octubre de 2021, donde el Vicepresidente de la Dirección Provincial de Puertos, Miguel Ángel RAMÍREZ, solicita asesoramiento en el marco de lo establecido por el artículo 2º, inciso i), de la Ley provincial N.º 50, sobre la viabilidad del reconocimiento de la redeterminación de precios en un 100% a la fecha de suscripción del contrato, en relación a la Obra Pública denominada "Ampliación Muelle Comercial del Puerto de Ushuaia".

Que en dicha misiva, el funcionario expresa que: *"Las actuaciones indicadas (...), se iniciaron a raíz de una presentación efectuada por la Unión Transitoria contratista de la obra, conformada por las empresas PANEDILE ARGENTINA S.A., CONCRET-NOR S:A: y NAKON SUR S.A. con fecha 23/09/2021, solicitando mediante Nota de Pedido N.º 21, una actualización del monto del Contrato desde el mes base hasta la fecha de inicio de los trabajos, y que, a partir de allí, se practiquen las Redeterminaciones de Precios de conformidad al régimen previsto en el Pliego de Bases y Condiciones – Decreto Provincial N.º 73/2003.*

Fundamenta la contratista el pedido indicado en el párrafo precedente, en que, los precios cotizados corresponden al 12/01/2021, fecha de apertura de ofertas, que el contrato de obra fue firmado el 4/06/2021 y que la obra se inició el 13/08/2021, luego de la firma de una adenda de contrato de fecha 16/07/2021, modificándose de este modo el plazo para el inicio de la obra,

resultando el período (12/01/2021 al 13/08/2021) perjudicado por el efecto inflacionario a nivel nacional, que ha producido importantes distorsiones al citado contrato como consecuencia de aumentos considerables de los principales insumos de la obra.

La prenotada solicitud tiene por objetivo la actualización del precio total del contrato al 13/08/2021, por fuera del régimen de Redeterminación de Precios establecido en el Decreto Provincial N.º 73/2003, ello a los efectos de no dejar inamovible el diez por ciento (10%) de su valor, en virtud de lo fijado en el artículo 3º de dicha norma legal, y efectuar el cálculo de las redeterminaciones, tal lo allí previsto, con las variaciones producidas a partir del 13/008/2021. ello, por entender la Contratista que, el mentado artículo solo se aplica cuando el contrato está en vigencia (...).”.

Que tomó intervención el Cuerpo de Abogados de este Organismo de Control a fojas 25/33, emitiendo el Informe Legal N° 366/2021, Letra: TCP-CA efectuando el correspondiente análisis en los siguientes términos: “(...)

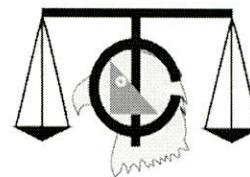
ACLARACIONES PREVIAS

En primer lugar, se advierte que el presente análisis versará exclusivamente sobre el régimen jurídico aplicable a la cuestión traída a consideración y no sobre los aspectos técnicos contables, así como asuntos de oportunidad, mérito o conveniencia que resultan ajenos a la competencia funcional de este órgano asesor.

Ello, siguiendo la doctrina la Procuración del Tesoro de la Nación - en dictámenes que son aplicables al cometido específico de sus Delegaciones-, ha señalado que: ‘Y que dado su carácter de organismo de asesoramiento jurídico, la función asesora de la Procuración del Tesoro de la Nación, se halla restringida al análisis de las cuestiones de Derecho y su aplicación al caso concreto, que dando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia asignada por ley. Por la misma razón, tampoco corresponde que se expida respecto de las razones de oportunidad,



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

merito o conveniencia de las medidas que se pretende adoptar (Conf. Dict. 206:156; 230:155; 251:75, 295) (v. Dictámenes 258:1)'

ANÁLISIS

Efectuadas las aclaraciones y limitaciones precedentes, y entrando al análisis jurídico en relación a la viabilidad del reconocimiento de la redeterminación de precios en un 100% a la fecha de suscripción del contrato, corresponde realizar algunas observaciones con respecto a la normativa aplicable y circunstancias específicas del caso.

Mediante la solicitud formulada por la UTE contratista, se requiere la actualización de la totalidad del precio del contrato, desde la fecha de apertura de ofertas, es decir, desde el 12 de enero de 2021, hasta del inicio de la ejecución de la obra acontecido el 13 de agosto de 2021.

La mencionada solicitud resultó motivada en razón del tiempo transcurrido entre el momento en que se presupuestaron los trabajos y materiales y el comienzo de la obra propiamente dicha, el cual data de 8 meses en los cuales no se dio inicio de la obra.

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, resulta oportuno referir que el día 16 de julio de 2021, las partes del Contrato de Obra en estudio- N.º 870-, suscribieron una adenda a los fines de modificar el artículo 7º, en relación a los plazos de inicio y ejecución de la obra, la que quedo redactada de la siguiente manera: 'EL CONTRATISTA' se obliga a iniciar la obra en la fecha que las partes acuerde, dentro de los QUINCE (15) DÍAS CORRIDOS contados a partir de la formal aprobación del estudio de impacto ambiental por la Autoridad de Aplicación, comprometiéndose a proseguir los trabajos sin interrupción, para entregar la obra contratada completamente terminada y en perfectas condiciones, dentro de un plazo de QUINCE (15) MESES, contados desde la fecha del Acta de Inicio de Obra, que deberá ser suscripta por el 'EL CONTRATISTA' dentro del termino preestablecido. Por cada día de demora en

iniciar o terminar la obra, 'EL CONTRATISTA' será pasible de la multa establecida en el Pliego de Condiciones Particulares'.

Así, a fojas 10 del expediente, surge el Acta de Inicio de Obra del 13 de agosto de 2021, conforme con lo establecido en artículo 39 del Pliego de Condiciones Generales, el cual rige como Ley para las partes.

Resulta tener presente que, desde la fecha de suscripción del contrato hasta el inicio de la obra, como en oportunidad de la formulación de la adenda, la contratista parece no haber advertido la distorsión de precios aludida, en tanto no consta que haya efectuando alguna reserva en relación al tiempo que podría transcurrir hasta la aprobación del estudio de impacto ambiental.

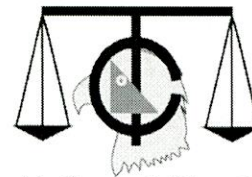
Por su parte, llegada la oportunidad, es acertado advertir que el Régimen aplicable en materia de Redeterminación de Precios establecido por el Decreto provincial N.º 73/2003 es preciso en indicar que: **'ARTÍCULO 3º- Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total de la presentación (...). Un DIEZ POR CIENTO (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del contrato'**.

A su vez, corresponde indicar que la vigencia del contrato comienza a partir de su suscripción, momento a partir del cual las partes se encuentran obligadas en los términos y condiciones pactadas, por el tiempo que hayan establecido, siendo en el caso, quince (15) meses contados desde la fecha del Acta de Inicio de Obra.

En consecuencia, operativo el contrato, el sistema de Redeterminación de Precios debe regirse por las disposiciones establecidas en el Decreto provincial N.º 73/2003, vigente a la fecha, por cuanto no correspondería en esta instancia, apartarse de lo dispuesto por la normativa mencionada formulando un ajuste a la totalidad del monto acordado durante su vigencia, sin dejar de manera fija e inamovible el 10% del precio total, exigido por la normativa en la materia.



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

En virtud de lo indicado hasta aquí y tal como se advierte en el Dictamen N.º 64/2021, Letra: D.A.G., el Principio de Legalidad en materia administrativa requiere que todo acto administrativo se encuentre necesariamente, sustentado en el ordenamiento positivo vigente.

Así, la Cámara Nacional Civil, Sala G., sostuvo que: 'El principio de legalidad resulta un aspecto del 'principio de juridicidad'. Aquel concepto es consecuencia de la juridicidad que tiene como objeto asegurar la justicia de todos los actos de la administración, por supuesto que también en el ámbito contractual donde queda evidenciada la igualdad (...)'.

Por su parte, el memorándum elaborado por el Estudio Jurídico YMAZ, compartido con posterioridad en el Dictamen Legal N.º 64/2021, Letra: D.A.G., considera que: '(...) en caso de admitirse por razones de equidad o de oportunidad, mérito y conveniencia un reconocimiento por este concepto, el mismo debería extenderse hasta la firma del contrato y cumplimiento de los restantes requisitos de los artículos 21 a 24 de la Ley N.º 13.064, oportunidad en que el mismo se perfecciona y entra en vigencia, lo que en caso habría ocurrido el 4 de junio de 2021'.

De considerar que las circunstancias del caso ameriten un reconocimiento económico a la UTE contratista por parte de la D.P.P., en razón de la variación de los precios, deberá fundamentarse tal circunstancia a los fines de justificar que los valores actuales de la contratación representarán un quebranto para la empresa contratista.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta que la administración, cumpliendo su finalidad primigenia que consiste en la satisfacción de los intereses públicos, ante determinados casos concretos, como el presente, debe apreciar de manera discrecional de qué modo actuar en pos de lograr el menor costo, así como buscando la rapidez, eficiencia y eficacia para la satisfacción de esos intereses, lo cual implica determinar qué resulta oportuno en ese momento determinado, para cumplir con dichos fines.

12
N

En definitiva, si bien la administración tiene la posibilidad de determinar qué opción satisface de mejor modo el interés público, según su propio juicio, como contrapartida a ello, también se encuentra obligada a expresar por qué motivos considera que dicha solución es la más acertada, de lo contrario estaríamos en presencia en una conducta arbitraria de la administración, siendo la motivación uno de los elementos esenciales del acto administrativo -artículo 99 de la Ley provincial N.º 141-, que es el medio por el cual la Administración manifiesta su voluntad.

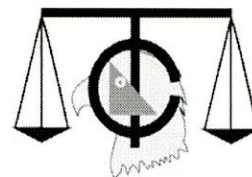
Este punto fue sostenido con meridiana claridad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ‘Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público’ (Fallo: 320:2509), en la cual sostiene que: ‘(...) la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional’.

Por su parte, a nivel local el Superior Tribunal de Justicia en autos ‘Barrientos Francisco, Martín Ezequiel c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo’ (Expediente N° 3489/17), expresó que:

‘Marienhoff enseña que un acto carece de fundamentación o de motivación cuando no se exponen debidamente las razones que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto y que ‘Por principio, la motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto. Es la motivación ideal o perfecta. Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez, cuando la norma legal aplicable es



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

suficientemente comprensiva, su mera referencia puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como 'motivación' ('Tratado de Derecho Administrativo', Ed. Abeledo-Perrot, 1993, t. II, págs. 335/336).

Hutchinson, al comentar la Ley de Procedimientos Administrativos de Tierra del Fuego, ha dicho que 'Es la explicitación de la causa del acto, es decir la explicación de las razones, de los motivos que llevan a la Administración a dictar el acto administrativo. Es un elemento del acto, pues lo integra. La exigencia de que el acto administrativo sea motivado ha sido reconocida por la jurisprudencia, pues hace a la forma republicana de gobierno, ya que de su cumplimiento depende que se pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Comprende plenamente a la causa y la excede, dándole mayor importancia al obligar a describirla y consignarla en el texto del acto.' ('Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur', Edit. Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997, págs. 214/215).

Y, en este orden, el Tribunal ha sostenido que 'Es sabido que la publicidad de los actos de los órganos públicos exige que ellos se encuentren motivados, pues la falta de motivación o su insuficiencia, además de agraviar el orden republicano, importa situar al particular en estado de indefensión. Así la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que 'la motivación de los actos administrativos, que constituye uno de sus requisitos esenciales (art. 108, ley 7647), cumple dos finalidades: que la Administración sometida al derecho de un régimen republicano dé cuenta de sus decisiones y que éstas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados' (SCBA, causa B. 49.328 del 13-11-84). La motivación es la explicación o denuncia de los motivos que provocan y determinan el acto (PRAT, Julio, 'La motivación del acto administrativo (obligatoriedad y efectos)', Bogotá, 1978, pág. 3); es la

Handwritten signature or initials in blue ink.

exposición de motivos que realiza la Administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto (CHASE PLATE, Luis, 'La motivación del acto administrativo', Bogotá, 1978, pág. 9). De allí que ella comprende a la causa del acto y la excede, y le da una mayor relevancia al obligar a describirla y consignarla en el texto de la decisión. El distingo estriba en que la causa comprende los antecedentes de hecho y la motivación es la obligación de expresar, de consignar tales antecedentes, más los fundamentos que, atendiendo a aquellos hechos, justifican el dictado del acto' (en autos 'Ángel Masciotra e Hijos c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo', expediente STJ-SDO N° 1.071/00, sentencia del 31 de mayo 16 de 2005, registrada en T° LIV, F°166/172).

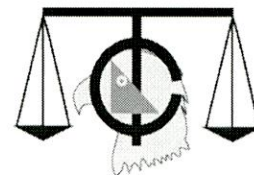
En definitiva, la motivación de los actos controvertidos es suficiente y adecuada a los términos dogmáticos memorados, y por ello los pretensos defectos esgrimidos en la demanda no superan el umbral del mero disenso'.

La Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en autos 'BACHOFER, JOSÉ LUIS c/ PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO' (Expediente de Alzada N° 8231/17) se dijo que:

'En un interesante precedente del STJ de la Provincia de Córdoba, el prestigioso doctor Sesín -vocal de dicho Tribunal- explicitó certeramente en qué consiste la motivación del acto y puntualizó las siguientes consideraciones: '12. En orden a la impugnación referida a la falta de motivación del acto administrativo cuestionado, sabido es que por principio, el mencionado requisito se cumple mediante una relación de los hechos y el derecho que determinan la decisión administrativa. 'Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez, cuando la norma legal aplicable es suficientemente comprensiva, su mera referencia, puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como 'motivación'' (...). Por su parte, la jurisprudencia de la Sala, se pronuncia en idéntico sentido (...). Como lo ha



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

*señalado destacada doctrina, la motivación del acto administrativo, entendida en sentido amplio, puede ser de dos clases: a) contextual, cuando existe en el propio acto administrativo del que expresa su causa y finalidad y b) no contextual o 'in aliunde', cuando aparece en un escrito distinto del acto que supuestamente motiva, lo que la doctrina italiana denomina motivación por relación. Desde esa óptica, en dictámenes de la Procuración del Tesoro se ha sostenido que '...aún cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente -a pesar del defecto técnico que ello significa- si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí' (TAWIL, Guido S., y MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Bs. As. 1998, págs. 66 y 70)...'* (lo subrayado y resaltado es original).

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, en razón de los hechos y circunstancias del caso, resulta de aplicación lo dispuesto por el principio de Legalidad en materia administrativa en cuanto dispone que todo acto administrativo debe necesariamente, sustentarse en el ordenamiento positivo vigente.

En consecuencia el Régimen aplicable en materia de Redeterminación de Precios es el Decreto provincial N.º 73/2003 vigente a la fecha, por cuanto no corresponde en esta instancia, y durante la vigencia del contrato, apartarse de lo dispuesto por la normativa mencionada formulando un ajuste del monto acordado.

Sin perjuicio de lo mencionado, la Dirección Provincial de Puertos en pos de cumplir con la finalidad de satisfacer los intereses públicos, de considerarlo oportuno, deberá evaluar las condiciones económicas de contratación y el eventual quebranto de la UTE contratista, dentro de los

parámetros antes advertidos vinculados a los límites legales, jurisprudenciales y doctrinarios que ciñen la cuestión (...)”.

Que mediante Informe Legal N° 43/2022 Letra: TCP-SL el Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO compartió los términos del citado Informe, agregando además a la cuestión sometida a consulta que: “(...) Comparto los lineamientos vertidos en el Informe Legal N.º 366/2021, Letra: T.C.P. - C.A., suscripto por la Dra. María Belén MONTE DE OCA, en el marco del expediente de referencia, por el que concluyó (...)

Ahora bien, también se comparte el argumento esgrimido por el Estudio Jurídico YMAZ en el dictamen agregado a fojas 17/19, que afirma ‘(...) un diez por ciento (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del mismo (...) Esta referencia a la ‘vigencia’ del contrato para la aplicación del término fijo, brindaría incluso un sustento normativo para interpretar que mientras ese contrato no está en vigencia, ese término fijo no corresponde aplicarlo’.

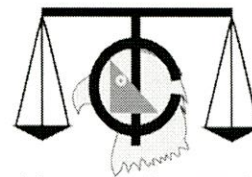
Es preciso aclarar, que lo afirmado en el último párrafo matizaría lo expuesto por la Letrada en el Informe Legal mencionado en primer término, señalando que la prohibición de actualización del 10% del precio de contrato como inamovible, deviene recién desde la vigencia del contrato -que opera a partir de su suscripción-.

En ese sentido se destaca, que de los artículos 21 a 24 de la Ley nacional N.º 13.064 se desprende que en el ámbito de la obra pública, la vigencia está dada por la firma del contrato y no por la adjudicación.

Desde otra arista, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el precio está constituido por la oferta más la cláusula de reajuste, y es para las partes -contratista y comitente- un derecho patrimonial protegido por el Artículo 17 de la Constitución Nacional (‘Pizarro Araoz c/ Dirección de Fabricaciones Militares’ en Fallos 303:323; ‘Industria Mecánica SAIC c/ Gas del Estado’, en Fallos 304:856; ‘Dulcamara SA c/ ENTEL’, en Fallos 313:376).



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones dictaminó que '(...) resulta contrario al principio de equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los co-contratantes' (Dictámenes ONC N° 1048/2012; N° 1049/2012; N° 1050/2012; N° 1051/2012; N° 176/2013; N° 446/2013; N° 36/2014, N° 74/2014; y N.º 453/2014).

Ahora, para el análisis de los dos párrafos anteriores en un eventual reclamo sobre la temática, la Procuración del Tesoro de la Nación explicó: 'El principio de eficacia se encuentra relacionado con el derecho de las personas a una buena administración. Este derecho exige que el Estado trate los asuntos de modo imparcial, equitativo y en tiempo razonable. En verdad, la idea central es que el Estado desarrolle sus actividades, preste sus servicios y cumpla con sus fines en términos legítimos y diligentes. Es decir, el Estado debe reconocer y garantizar efectivamente los derechos en términos no sólo de propósitos sino de resultados' (Dictámenes 301:049).

En consecuencia se puede colegir, que la ecuación económico-financiera o su mantenimiento es un derecho patrimonial, con fundamento en la equidad y que el Estado debe abordarlo en forma imparcial y en tiempo razonable.

Ahora, una interpretación acorde a la pautas señaladas, posibilitaría sostener que excluir el 10% del precio en la actualización de períodos donde la ley no lo prohíbe expresamente -fuera de la vigencia del contrato- y la inflación es notoriamente elevada, pondría la carga de soportar una circunstancia económica ajena al contratista únicamente en su cabeza, lo que vulneraría los principios constitucionales de razonabilidad y de propiedad (artículos 17 y 28 de la Constitución Nacional, también reflejados en los artículos 14 y 50 de la Constitución Provincial).

Téngase presente que 'la importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden

oponer...' (NIELSEN, Federico, 'La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa', en AA. VV., 'Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral', 1a ed., Ediciones RAP. Pág. 563 y ss).

Además, es necesario destacar, que lo que produce el perjuicio por el paso del tiempo, es la demora del Estado en efectivizar el contrato, que en el caso particular supuso varios meses.

En resumen, el mantenimiento del valor de la ecuación económico financiera sería un derecho adquirido y la prohibición de actualización del 10% recogida en el decreto mencionado, no abarcaría aquellos momentos por afuera de la vigencia del contrato.

Desde una óptica de los hechos, el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección Provincial de Puertos, Dr. Roberto ROMERO, en su Dictamen N.º 64/2021, señaló: '(...) no puede desconocerse la existencia de atraso normativo en la Provincia de Tierra del Fuego, en donde el Decreto Provincial N.º 73/2003 se sancionó en una época en que los índices inflacionarios en los precios no se concebían como en la actualidad, y que de seguir hoy este criterio resultaría un perjuicio evidente para el contratista.

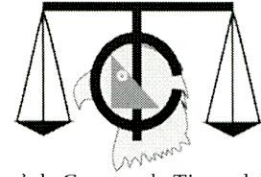
Fundamenta lo indicado en el párrafo anterior, la supresión de dicha circunstancia a nivel nacional, ya que el nuevo régimen de redeterminación de precios previsto en el Decreto N.º 691/2016 ha suprimido el 10% fijo e inamovible establecido en el Decreto 1295/2002'.

Se agrega a este argumento, que tal atraso normativo fue atendido parcialmente por el Legislador provincial al sancionar recientemente la Ley N.º 1408 que estableció un nuevo régimen de redeterminación de precios más dinámico en la obra pública, que tampoco prevé la prohibición de actualización del 10%.

Por otro lado, entiendo que sería válido presumir que no se pudo prever al momento del cálculo del precio, la extensa demora que ocurriría entre la apertura de las ofertas y la suscripción del acta de inicio de obra.



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

En último término, en relación a la ecuación económico-financiera y su necesidad de mantenerla, como así la imposibilidad de prever este tipo de situaciones, este Organismo de Control ya tiene dicho: '(...) cabe recordar que la teoría de la imprevisión '(...) consiste en la existencia de hechos extraordinarios, imprevisibles, sobrevinientes y ajenos a las partes que producen un excesivo sacrificio para cualquiera de ellas en el desarrollo del contrato. Es decir, hechos imprevistos e imprevisibles por las partes al momento de celebrar el contrato.

(...) ese hecho extraordinario e imprevisible debe causar un marcado desequilibrio entre las prestaciones.

(...) la imprevisión torna mas onerosas las prestaciones de cualquiera de las partes contratantes sin extinguir el vínculo porque el cumplimiento no es imposible sino mas dificultoso'. (BALBÍN, Carlos F. 'Tratado de Derecho Administrativo', 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, Pag. 536.).

Así, conforme lo antedicho, se entiende que la decisión que se adopte debería estar precedida de un análisis adecuado y conforme a razón (...)' (Resolución Plenaria N.º 307/2021).

En definitiva, si dentro del marco de sus competencias y a petición del contratista, el funcionario a cargo considerase que mantener inamovible el 10% del precio total del contrato en su actualización, en aquella parte que se encuentra por afuera de su vigencia, generaría una alteración en la ecuación económica de la empresa adjudicada, y que esta no se encontraría dentro del razonable quebranto producido por la inflación que debe ser soportado exclusivamente por contratista, entonces sería posible en virtud del principio de equidad, que en este caso en concreto y bajo esas especiales circunstancias, se otorgase la actualización respecto de la parte por afuera de la vigencia del contrato sin el referido límite.

Ahora bien, a los fines de su procedencia, entiendo necesario recomendar a la autoridad consultante, que previo a resolver, y tras un reclamo

de la contratista en ese sentido, mediante informe técnico y jurídico se analice y verifique que: 1) se acredite el desequilibrio en la ecuación económica-financiera 2) el acontecimiento que provocó ese desequilibrio no sea normalmente previsible -demora en la adjudicación -y resulte ajeno a la voluntad del contratista -falta de culpa-; 3) ese desequilibrio genere una excesiva onerosidad en la prestación del contrato que no debe ser soportada por el contratista; 4) el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento (...)”.

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos expresados en los Informes Legales N° 366/2021 Letra: TCP-CA y N° 43/2022 Letra: TCP-SL, cuyos alcances se limitan únicamente a los hechos y circunstancias delimitados en la consulta. Ello, toda vez que la intervención se efectúa respecto del caso particular presentado, sin poder emitir este Tribunal de Cuentas opiniones en abstracto; y sin perjuicio del oportuno control que se efectúe en las actuaciones.

Que corresponde en esta instancia, dar por concluida la intervención de este Tribunal de Cuentas en el Expediente del Visto y notificar al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, Dn. Roberto MURCIA, las conclusiones emitidas en el marco del asesoramiento requerido.

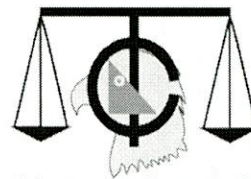
Que la presente se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N° 50, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Plenaria N° 36/2022.

Que los suscriptos, se encuentran facultados para el dictado de la presente, atento a las previsiones de los artículos 2° inciso i), 26, 27 y concordantes de la Ley provincial N° 50, así como las previsiones de la Resolución Plenaria N° 124/2016.

Por ello,



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

"2022 – 40º Aniversario de la gesta heroica de Malvinas"

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los Informes Legales N° 366/2021 Letra: TCP-CA y N° 43/2022 Letra: TCP-SL, dando por concluida la intervención de este Tribunal de Cuentas en el Expediente del Visto. Ello, por los motivos expuestos en el Exordio.

ARTÍCULO 2º.- Notificar con copia certificada de la presente, al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, Dn. Roberto MURCIA.

ARTÍCULO 3º.- Notificar en la sede de este Organismo con remisión de las actuaciones al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, para su intervención previa al archivo y, por su intermedio, a la letrada interviniente; y al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David Ricardo BEHRENS.

ARTÍCULO 4º.- Por Secretaría Privada del Cuerpo Plenario de Miembros, registrar, publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 047 /2022.-

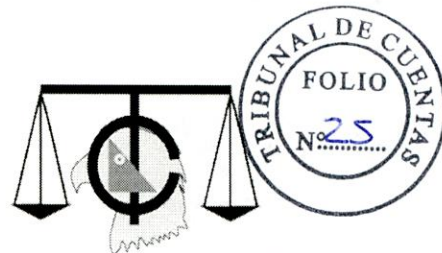
C.P.N. Hugo Sebastián PANI
VOCAL DE AUDITORÍA
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia



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

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



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

Informe Legal N° 366/2021

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

Cde.: Expte. N° 334/2021- TCP-PR.

Ushuaia, 15 de noviembre de 2021.

SEÑOR SECRETARIO LEGAL A/C

DR. PABLO E. GENNARO

Viene a esta Secretaria Legal, el expediente del corresponde, perteneciente al Registro del Tribunal de Cuentas caratulado: "ASESORAMIENTO SOLICITADO POR LA DPP S/ AMPLIACIÓN MUELLE COMERCIAL DEL PUERTO DE USHUAIA", procediéndose a su análisis.

ANTECEDENTES

A fojas 1 obra la Nota N.º 1037/2021, Letra: D.P.P. del 27 de octubre de 2021, donde el Vicepresidente de la Dirección Provincial de Puertos, Miguel Ángel RAMÍREZ, requiere asesoramiento en el marco de lo establecido por el artículo 2 inciso i) de la Ley provincial N.º 50, a los fines de que este Tribunal de Cuentas se pronuncie sobre la viabilidad del reconocimiento de la redeterminación de precios en un 100% a la fecha de suscripción del contrato, en relación a la Obra publica denominada "Ampliación Muelle Comercial del Puerto de Ushuaia".

En su misiva, el funcionario expresa que: *"Las actuaciones indicadas (...), se iniciaron a raíz de una presentación efectuada por la Union*

WB

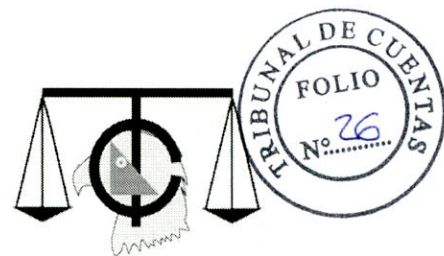
Transitoria contratista de obra, conformada por las empresas PENDILE ARGENTINA S.A., CONCERT-NOR S:A: y NAKON SUR S.A. con fecha 23/09/2021, solicitando mediante Nota de Pedido N.º 21, una actualización del monto del Contrato desde el mes base hasta la fecha de inicio de los trabajos, y que, a partir de allí, se practiquen las Redeterminaciones de Precios de conformidad al régimen previsto en el Pliego de Bases y Condiciones – Decreto Provincial N.º 73/2003.

Fundamenta la contratista el pedido indicado en el párrafo precedente, en que, los precios cotizados corresponden al 12/01/2021, fecha de apertura de ofertas, que el contrato de obra fue firmado el 4/06/2021 y que la obra se inició el 13/08/2021, luego de una adenda de contrato de fecha 16/07/2021, modificándose de este modo el plazo para el inicio de la obra, resultando el período (12/01/2021 al 13/08/2021) perjudicado por el efecto inflacionario a nivel nacional, que ha producido importantes distorsiones al citado contrato como consecuencia de aumentos considerables de los principales insumos de la obra.

La prenotada solicitud tiene por objeto la actualización del precio total del contrato al 13/08/2021, por fuera del régimen de Redeterminación de Precios establecido en el Decreto Provincial N.º 73/2003, ello a los efectos de no dejar inamovible el diez por ciento (10%) de su valor, en virtud de lo fijado en el artículo 3º de dicha norma legal, y efectuar el calculo de las redeterminaciones, tal lo allí previsto, con las variaciones producidas a partir del 13/008/2021. ello, por entender la contratista que, el mentado artículo solo se aplica cuando el contrato está en vigencia”.



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"

ADMISIBILIDAD

Ahora bien, en relación a la consulta efectuada a este Tribunal, es importante recordar el procedimiento que debe cumplirse al momento de efectuar un requerimiento de asesoramiento, que fue reglado por este Órgano de Contralor en Resolución Plenaria N° 124/2016.

Así, conforme lo dispuesto por el artículo 2° inc. i) de la Ley provincial N° 50 que establece: *"De conformidad con lo establecido por la Constitución Provincial, el Tribunal de Cuentas ejercerá las siguientes funciones: (...) i) Asesorar a los poderes del Estado provincial en materia de su competencia"*, este Tribunal sostuvo en dicho marco, que resulta relevante la función consultiva, ya que tiene por objeto brindar asesoramiento a las máximas autoridades de los Poderes del Estado, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados, a los fines de interpretar el marco jurídico vigente, colaborar en la elaboración de normas relacionadas a la hacienda pública, prevenir y corregir errores en el ámbito de su competencia.

En el marco de ese contexto, es importante recordar que las opiniones que brinda este Órgano de Contralor ostentan el carácter de recomendación no vinculante para las autoridades consultantes. No obstante ello, deberán fundar acabadamente su apartamiento.

Así lo ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación, expresando que luego de emitido el dictamen requerido, *"(...) la autoridad competente para resolver cuenta con facultades suficientes como para apartarse fundadamente y bajo su responsabilidad, en los supuestos en los que no*

UB

comparta los criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación” (Dictámen 266:338).

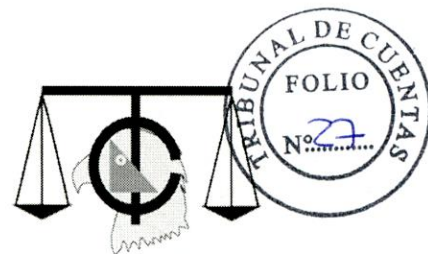
En ese orden, este Tribunal de Cuentas precisó los alcances de la función de asesoramiento y el procedimiento para un adecuado cumplimiento de la mentada facultad, debiendo tenerse en cuenta que las opiniones que brinda este Órgano en función de lo dispuesto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial N° 50, son complementarias y en modo alguno reemplazan la asistencia originaria y esencial de los Servicios Jurídicos permanentes de la Administración Pública, ni eximen de las diferentes instancias de control que competen a este Tribunal.

Conforme a ello, se destacó en la Resolución Plenaria N.º 124/2016, que se juzga necesario que este Tribunal para emitir opinión, cuente con el dictamen previo emitido por el órgano de asesoramiento jurídico o técnico competente, toda vez que este Organismo no puede legalmente sustituir su función.

En dicha línea argumental este Tribunal sostuvo que comparte lo expresado por la Procuración del Tesoro de la Nación, que ante solicitudes de asesoramiento dispone: *“Con carácter previo al dictamen de la Procuración del Tesoro, es necesario que hayan tomado intervención los servicios jurídicos de las áreas o departamento de Estado relacionados con el tema en cuestión, no solo porque ello corresponde a mérito de disposiciones legales vigentes, sino por evidentes motivos que hacen a la más adecuada elucidación de la cuestión planteada y para evitar convertirse en una asesoría jurídica más, supliendo el cometido específico de cada repartición”* (Dictámenes 199:115; 200:201; 205:106).



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"

Además, se destaca en la Resolución mencionada, que la función de asesoramiento otorgada a este Organismo debe limitarse a cuestiones materia de su competencia específicamente vinculadas a la contabilidad pública y a la función económico, financiera y patrimonial de los entes y sujetos públicos sometidos a su control, en los términos de la Ley provincial N° 50.

Así, el Anexo I de la Resolución Plenaria N° 124/2016 establece:

"ARTÍCULO 1º: El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial N° 50, se realizará bajo las siguientes condiciones:

a) Que la consulta se refiera a materias de competencia de este Órgano Control.

b) Que la duda que resulta objeto de consulta se formule de manera clara y precisa, indicando las razones que ameritan la requisitoria.

c) Que se acompañen los antecedentes documentales y toda otra información relevante que coadyuve a la eficacia de la respuesta requerida. Deberá adjuntarse copia fiel debidamente certificada de la documentación, cuando el caso así lo requiera.

d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen, el que deberá contener: i) Resumen de la cuestión objeto de la consulta; ii) Relación de los antecedentes y circunstancias que sirven como elemento de juicio para resolver; iii) Análisis

UB

específico, exhaustivo y profundo de la situación concreta objeto de consulta y
iv) Opinión concreta, fundada en las normas jurídicas o antecedentes aplicables al caso tratado. En caso de que el organismo o ente consultante no cuente con Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes, en forma previa a emitir la consulta a este Tribunal, se deberá dar intervención a la Secretaría Legal y Técnica, que deberá emitir un dictamen en los términos expuestos. Ello conforme a lo establecido en el artículo 26, inciso 3) de la Ley provincial N° 1060.

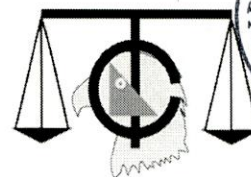
e) Que sean incluidos dictamen o informes técnicos emitidos por el órgano competente, cuando la materia de consulta así lo requiriese (v. gr. Contaduría General de la Provincia, Oficina Provincial de contrataciones, Unidades Operativas de Contrataciones, Comisión de Redeterminación de Precios en Contrato de Obra Pública, entre otros). Los informes deben ser completos, abarcar todos los aspectos del asunto, circunstancias o antecedentes y fundamentarse en la disposiciones vigentes. Además, los Informes deberán ser serios, precisos y razonables y no deberán adolecer de arbitrariedad aparente ni contar con elementos de juicio que destruyan su valor.

f) Que la consulta se realice con anterioridad a la emisión del acto administrativo, en el marco del asesoramiento previsto en el artículo 2° inciso i) de la Ley provincial N° 50. En caso de corresponder, deberá deberá acompañarse el proyecto de acto administrativo. (...).

Por su parte el artículo 3° establece que: “(...) Las opiniones que brinde el Tribunal de Cuentas en relación a la materia o caso sometido a consideración no constituyen control preventivo de legalidad o financiero en los términos del artículo 2° y concordantes de la ley provincial 50”.



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"

Por último, el artículo 4 dispone que: "(...) *El Tribunal de Cuentas no emitirá respuesta cuando, a criterio del Plenario de Miembros, se anticipará opinión fuera de término o del procedimiento legal respecto a una causa concreta. Tampoco se tramitarán consultas referidas a cuestiones de gestión, que impliquen el análisis de oportunidad mérito y conveniencia*".

En razón de lo antedicho, de las actuaciones traídas a estudio podemos destacar que, a fojas 20/24 luce el Dictamen Legal N.º 64/2021, Letra: D.A.J, emitido por la Dirección Asuntos Jurídicos de la Dirección Provincial de Puertos (DPP), como asimismo, el memorandum N°120 realizado por el Estudio Jurídico YMAZ ABOGADOS S.R.L. en virtud de la consulta formulada por la DPP, en el marco contrato de locación de servicios que vincula al mencionado estudio jurídico con la Dirección Provincial de Puertos.

De los documentos indicados, surge la opinión con respecto al criterio planteado por la UTE contratista, en cuanto a la solicitud de que se proceda a la redeterminación de precios sobre la totalidad del precio convenido, apartándose de los términos dispuestos por el Decreto provincial N.º 73/2003, conforme los fundamentos que exponen como suficientes para acceder a tal petición.

Por lo expuesto, se entiende que se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en virtud del artículo 1º del Anexo I de la Resolución Plenaria N° 124/2016 antes referida, a los fines de que este Organismo de Control tome intervención de su competencia.

ACLARACIONES PREVIAS

En primer lugar, se advierte que el presente análisis versará exclusivamente sobre el régimen jurídico aplicable a la cuestión traída a consideración y no sobre los aspectos técnicos contables, así como asuntos de oportunidad, mérito o conveniencia que resultan ajenos a la competencia funcional de este órgano asesor.

Ello, siguiendo la doctrina la Procuración del Tesoro de la Nación - en dictámenes que son aplicables al cometido específico de sus Delegaciones-, ha señalado que: *“Y que dado su carácter de organismo de asesoramiento jurídico, la función asesora de la Procuración del Tesoro de la Nación, se halla restringida al análisis de las cuestiones de Derecho y su aplicación al caso concreto, quedando libradas las apreciaciones sobre cuestiones técnicas a la autoridad administrativa con competencia asignada por ley. Por la misma razón, tampoco corresponde que se expida respecto de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia de las medidas que se pretende adoptar (Conf. Dict. 206:156; 230:155; 251:75, 295) (v. Dictámenes 258:1)”*

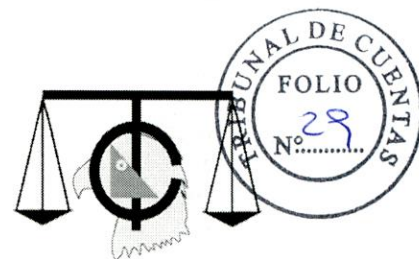
ANÁLISIS

Efectuadas las aclaraciones y limitaciones precedentes, y entrando al análisis jurídico en relación a la viabilidad del reconocimiento de la redeterminación de precios en un 100% a la fecha de suscripción del contrato, corresponde realizar algunas observaciones con respecto a la normativa aplicable y circunstancias específicas del caso.

Mediante la solicitud formulada por la UTE contratista, se requiere la actualización de la totalidad del precio del contrato, desde la fecha de apertura de ofertas, es decir, desde el 12 de enero de 2021, hasta del inicio de la ejecución de la obra acontecido el 13 de agosto de 2021.



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"

La mencionada solicitud resultó motivada en razón del tiempo transcurrido entre el momento en que se presupuestaron los trabajos y materiales y el comienzo de la obra propiamente dicha, el cual data de 8 meses en los cuales no se dió inicio de la obra.

Sin perjuicio de lo mencionado con anterioridad, resulta oportuno referir que el día 16 de julio de 2021, las partes del Contrato de Obra en estudio- N.º 870-, suscribieron una adenda a los fines de modificar el artículo 7º, en relación a los plazos de inicio y ejecución de la obra, la que quedo redactada de la siguiente manera: *"EL CONTRATISTA" se obliga a iniciar la obra en la fecha que las partes acuerde, dentro de los QUINCE (15) DÍAS CORRIDOS contados a partir de la formal aprobación del estudio de impacto ambiental por la Autoridad de Aplicación, comprometiéndose a proseguir los trabajos sin interrupción, para entregar la obra contratada completamente terminada y en perfectas condiciones, dentro de un plazo de QUINCE (15) MESES, contados desde la fecha del Acta de Inicio de Obra, que deberá ser suscripta por el "EL CONTRATISTA" dentro del termino preestablecido. Por cada día de demora en iniciar o terminar la la obra, "EL CONTRATISTA" será pasible de la multa establecida en el Pliego de Condiciones Particulares".*

Así, a fojas 10 del expediente, surge el Acta de Inicio de Obra del 13 de agosto de 2021, conforme con lo establecido en artículo 39 del Pliego de Condiciones Generales, el cual rige como Ley para las partes.

Resulta tener presente que, desde la fecha de suscripción del contrato hasta el inicio de la obra, como en oportunidad de la formulación de la adenda, la contratista parece no haber advertido la distorsión de precios aludida,

UB

en tanto no consta que haya efectuando alguna reserva en relación al tiempo que podría transcurrir hasta la aprobación del estudio de impacto ambiental.

Por su parte, llegada la oportunidad, es acertado advertir que el Régimen aplicable en materia de Redeterminación de Precios establecido por el Decreto provincial N.º 73/2003 es preciso en indicar que: *“ARTÍCULO 3º- Los nuevos precios se determinarán ponderando los siguientes factores según su probada incidencia en el precio total de la presentación (...).*

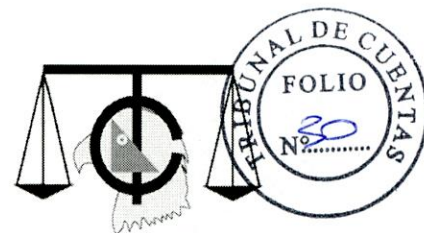
Un DIEZ POR CIENTO (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e inamovible durante la vigencia del contrato”. El destacado no es original.

A su vez, corresponde indicar que la vigencia del contrato comienza a partir de su suscripción, momento a partir del cual las partes se encuentran obligadas en los términos y condiciones pactadas, por el tiempo que hayan establecido, siendo en el caso, quince (15) meses contados desde la fecha del Acta de Inicio de Obra.

En consecuencia, operativo el contrato, el sistema de Redeterminación de Precios debe regirse por las disposiciones establecidas en el Decreto provincial N.º 73/2003, vigente a la fecha, por cuanto no correspondería en esta instancia, apartarse de lo dispuesto por la normativa mencionada formulando un ajuste a la totalidad del monto acordado durante su vigencia, sin dejar de manera fija e inamovible el 10% del precio total, exigido por la normativa en la materia.



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"

En virtud de lo indicado hasta aquí y tal como se advierte en el Dictamen N.º 64/2021, Letra: D.A.G., el Principio de Legalidad en materia administrativa requiere que todo acto administrativo se encuentre necesariamente, sustentado en el ordenamiento positivo vigente.

Así, la Cámara Nacional Civil, Sala G., sostuvo que: *"El principio de legalidad resulta un aspecto del 'principio de juridicidad'. Aquel concepto es consecuencia de la juridicidad que tiene como objeto asegurar la justicia de todos los actos de la administración, por supuesto que también en el ámbito contractual donde queda evidenciada la igualdad (...)"*.

Por su parte, el memorándum elaborado por el Estudio Jurídico YMAZ, compartido con posterioridad en el Dictamen Legal N°64/2021, Letra: D.A.G., considera que: *"(...) en caso de admitirse por razones de equidad o de oportunidad, merito y conveniencia un reconocimiento por este concepto, el mismo debería extenderse hasta la firma del contrato y cumplimiento de los restantes requisitos de los artículos 21 a 24 de la Ley N.º 13.064, oportunidad en que el mismo se perfecciona y entra en vigencia, lo que en caso habría ocurrido el 4 de junio de 2021"*.

De considerar que las circunstancias del caso ameriten un reconocimiento económico a la UTE contratista por parte de la D.P.P., en razón de la variación de los precios, deberá fundamentarse tal circunstancia a los fines de justificar que los valores actuales de la contratación representarán un quebranto para la empresa contratista.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, debemos tener en cuenta que la administración, cumpliendo su finalidad primigenia que consiste en la

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

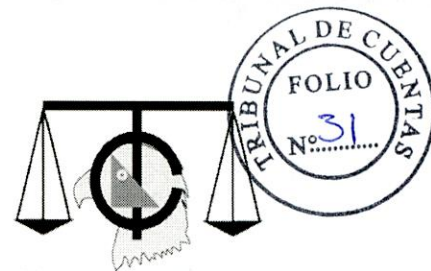
satisfacción de los intereses públicos, ante determinados casos concretos, como el presente, debe apreciar de manera discrecional de qué modo actuar en pos de lograr el menor costo, así como buscando la rapidez, eficiencia y eficacia para la satisfacción de esos intereses, lo cual implica determinar qué resulta oportuno en ese momento determinado, para cumplir con dichos fines.

En definitiva, si bien la administración tiene la posibilidad de determinar qué opción satisface de mejor modo el interés público, según su propio juicio, como contrapartida a ello, también se encuentra obligada a expresar por qué motivos considera que dicha solución es la más acertada, de lo contrario estaríamos en presencia en una conducta arbitraria de la administración, siendo la motivación uno de los elementos esenciales del acto administrativo - artículo 99 de la Ley provincial N.º 141-, que es el medio por el cual la Administración manifiesta su voluntad.

Este punto fue sostenido con meridiana claridad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/ empleo público” (Fallo: 320:2509), en la cual sostiene que: “(...) la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna pudo constituir un justificativo de su conducta arbitraria como tampoco de la omisión de los recaudos que para el dictado de todo acto administrativo exige la ley 19.549. Es precisamente la legitimidad –constituida por la legalidad y la razonabilidad– con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional”.



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"

Por su parte, a nivel local el Superior Tribunal de Justicia en autos
"Barrientos Francisco, Martín Ezequiel c/ Municipalidad de Ushuaia s/
Contencioso Administrativo" (Expediente N° 3489/17), expresó que:

"Marienhoff enseña que un acto carece de fundamentación o de motivación cuando no se exponen debidamente las razones que indujeron a la Administración Pública a la emisión del acto y que 'Por principio, la motivación debe contener una relación de las circunstancias de hecho y de derecho que determinaron la emanación del acto. Es la motivación ideal o perfecta. Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez, cuando la norma legal aplicable es suficientemente comprensiva, su mera referencia puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como 'motivación' ('Tratado de Derecho Administrativo', Ed. Abeledo-Perrot, 1993, t. II, págs. 335/336).

Hutchinson, al comentar la Ley de Procedimientos Administrativos de Tierra del Fuego, ha dicho que 'Es la explicitación de la causa del acto, es decir la explicación de las razones, de los motivos que llevan a la Administración a dictar el acto administrativo. Es un elemento del acto, pues lo integra. La exigencia de que el acto administrativo sea motivado ha sido reconocida por la jurisprudencia, pues hace a la forma republicana de gobierno, ya que de su cumplimiento depende que se pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto. Comprende plenamente a la causa y la excede, dándole mayor importancia al obligar a describirla y consignarla en el texto del acto.' ('Procedimiento

UB

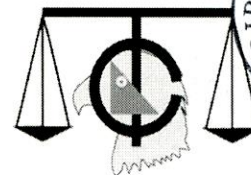
Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del

Atlántico Sur', Edit. Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997, págs. 214/215).

Y, en este orden, el Tribunal ha sostenido que 'Es sabido que la publicidad de los actos de los órganos públicos exige que ellos se encuentren motivados, pues la falta de motivación o su insuficiencia, además de agraviar el orden republicano, importa situar al particular en estado de indefensión. Así la Suprema Corte de Buenos Aires ha dicho que 'la motivación de los actos administrativos, que constituye uno de sus requisitos esenciales (art. 108, ley 7647), cumple dos finalidades: que la Administración sometida al derecho de un régimen republicano dé cuenta de sus decisiones y que éstas puedan ser examinadas en su legitimidad por la justicia en caso de ser impugnadas, permitiendo así una suficiente defensa de los afectados' (SCBA, causa B. 49.328 del 13-11-84). La motivación es la explicación o denuncia de los motivos que provocan y determinan el acto (PRAT, Julio, 'La motivación del acto administrativo (obligatoriedad y efectos)', Bogotá, 1978, pág. 3); es la exposición de motivos que realiza la Administración para llegar a la conclusión inserta en la parte resolutive del acto (CHASE PLATE, Luis, 'La motivación del acto administrativo', Bogotá, 1978, pág. 9). De allí que ella comprende a la causa del acto y la excede, y le da una mayor relevancia al obligar a describirla y consignarla en el texto de la decisión. El distingo estriba en que la causa comprende los antecedentes de hecho y la motivación es la obligación de expresar, de consignar tales antecedentes, más los fundamentos que, atendiendo a aquellos hechos, justifican el dictado del acto' (en autos 'Ángel Masciotra e Hijos c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo', expediente STJ-SDO N° 1.071/00, sentencia del 31 de mayo 16 de 2005, registrada en T° LIV, F°166/172).



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"

En definitiva, la motivación de los actos controvertidos es suficiente y adecuada a los términos dogmáticos memorados, y por ello los pretensos defectos esgrimidos en la demanda no superan el umbral del mero disenso".

La Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en autos "BACHOFER, JOSÉ LUIS c/ PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expediente de Alzada N° 8231/17) se dijo que:

"En un interesante precedente del STJ de la Provincia de Córdoba, el prestigioso doctor Sesín -vocal de dicho Tribunal- explicitó certeramente en qué consiste la motivación del acto y puntualizó las siguientes consideraciones: "12. En orden a la impugnación referida a la falta de motivación del acto administrativo cuestionado, sabido es que por principio, el mencionado requisito se cumple mediante una relación de los hechos y el derecho que determinan la decisión administrativa. "Pero no es necesaria una relación analítica o circunstanciada: basta una relación sucinta, siempre que sea ilustrativa. A su vez, cuando la norma legal aplicable es suficientemente comprensiva, su mera referencia, puede surtir efectos de motivación, resultando así que la simple cita de la disposición legal valdría entonces como 'motivación'" (...). Por su parte, la jurisprudencia de la Sala, se pronuncia en idéntico sentido (...). Como lo ha señalado destacada doctrina, la motivación del acto administrativo, entendida en sentido amplio, puede ser de dos clases: a) contextual, cuando existe en el propio acto administrativo del que expresa su causa y finalidad y b) no contextual o 'in aliunde', cuando aparece en un escrito distinto del acto que supuestamente motiva, lo que la doctrina italiana denomina motivación por relación. Desde esa óptica, en dictámenes de la Procuración del Tesoro se ha

MB

sostenido que "...aún cuando ella no esté contenida en un acto administrativo, se debe considerar que existe motivación suficiente -a pesar del defecto técnico que ello significa- si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad, y no aisladamente, porque son partes integrantes de un procedimiento, y como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí" (TAWIL, Guido S., y MONTI, Laura M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Bs. As. 1998, págs. 66 y 70)...” (lo subrayado y resaltado es original).

CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto, en razón de los hechos y circunstancias del caso, resulta de aplicación lo dispuesto por el principio de Legalidad en materia administrativa en cuanto dispone que todo acto administrativo debe necesariamente, sustentarse en el ordenamiento positivo vigente.

En consecuencia el Régimen aplicable en materia de Redeterminación de Precios es el Decreto provincial N.º 73/2003 vigente a la fecha, por cuanto no corresponde en esta instancia, y durante la vigencia del contrato, apartarse de lo dispuesto por la normativa mencionada formulando un ajuste del monto acordado.

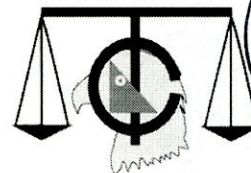
Sin perjuicio de lo mencionado, la Dirección Provincial de Puertos en pos de cumplir con la finalidad de satisfacer los intereses públicos, de considerarlo oportuno, deberá evaluar las condiciones económicas de contratación y el eventual quebranto de la UTE contratista, dentro de los parámetros antes advertidos vinculados a los límites legales, jurisprudenciales y doctrinarios que ciñen la cuestión.



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

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

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



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

Dra. María Belén MONTE DE OCA
Abogada
Matricula N° 804 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

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

Informe Legal N° ⁴³ /2022

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

Ref: Expte. N.º 344/2021, Letra: T.C.P. - P.R.

17 FEB. 2022

**AL VOCAL ABOGADO
EN EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA
DR. MIGUEL LONGHITANO**

Comparto los lineamientos vertidos en el Informe Legal N.º 366/2021, Letra: T.C.P. - C.A., suscripto por la Dra. María Belén MONTE DE OCA, en el marco del expediente de referencia, por el que concluyó:

"(...) el Régimen aplicable en materia de Redeterminación de Precios es el Decreto provincial N.º 73/2003 vigente a la fecha, por cuanto no corresponde en esta instancia, apartarse de lo dispuesto por la normativa mencionada formulando un ajuste a la totalidad del monto acordado, sin dejar de manera fija e inamovible el 10% del precio total, tal como se exige.

Sin perjuicio de lo mencionado, la Dirección Provincial de Puertos en pos de cumplir con la finalidad de satisfacer los intereses públicos, de considerarlo oportuno, deberá evaluar las condiciones económicas de contratación y el eventual quebranto de la UTE contratista, dentro de los parámetros antes advertidos vinculados a los límites legales, jurisprudenciales y doctrinarios que ciñen la cuestión".

Ahora bien, también se comparte el argumento esgrimido por el Estudio Jurídico IMAZ en el dictamen agregado a fojas 17/19, que afirma *"(...) un diez por ciento (10%) del precio total del contrato se mantendrá fijo e*

inamovible durante la vigencia del mismo (...) Esta referencia a la 'vigencia' del contrato para la aplicación del término fijo, brindaría incluso un sustento normativo para interpretar que mientras ese contrato no está en vigencia, ese término fijo no corresponde aplicarlo”.

Es preciso aclarar, que lo afirmado en el último párrafo matizaría lo expuesto por la Letrada en el Informe Legal mencionado en primer término, señalando que la prohibición de actualización del 10% del precio de contrato como inamovible, deviene recién desde la vigencia del contrato -que opera a partir de su suscripción-.

En ese sentido se destaca, que de los artículos 21 a 24 de la Ley nacional N.º 13.064 se desprende que en el ámbito de la obra pública, la vigencia está dada por la firma del contrato y no por la adjudicación.

Desde otra arista, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que el precio está constituido por la oferta más la cláusula de reajuste, y es para las partes -contratista y comitente- un derecho patrimonial protegido por el Artículo 17 de la Constitución Nacional (“*Pizarro Araoz c/ Dirección de Fabricaciones Militares*” Fallos 303:323; “*Industria Mecánica SAIC c/ Gas del Estado*” Fallos 304:856; “*Dulcamara SA c/ ENTEL*” Fallos 313:376).

Asimismo, la Oficina Nacional de Contrataciones dictaminó que “(...) resulta contrario al principio de equidad que un eventual aumento en los precios del mercado sea soportado por uno sólo de los co-contratantes” (Dictámenes ONC N.º 1048/2012; N.º 1049/2012; N.º 1050/2012; N.º 1051/2012; N.º 176/2013; N.º 446/2013; N.º 36/2014, N.º 74/2014; y N.º 453/2014).

Ahora, para el análisis de los dos párrafos anteriores en un eventual reclamo sobre la temática, la Procuración del Tesoro de la Nación explicó: “*El principio de eficacia se encuentra relacionado con el derecho de las personas a una buena administración. Este derecho exige que el Estado trate los asuntos de*



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

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

modo imparcial, equitativo y en tiempo razonable. En verdad, la idea central es que el Estado desarrolle sus actividades, preste sus servicios y cumpla con sus fines en términos legítimos y diligentes. Es decir, el Estado debe reconocer y garantizar efectivamente los derechos en términos no sólo de propósitos sino de resultados" (Dictámenes 301:049).

En consecuencia se puede colegir, que la ecuación económico-financiera o su mantenimiento es un derecho patrimonial, con fundamento en la equidad y que el Estado debe abordarlo en forma imparcial y en tiempo razonable.

Ahora, una interpretación acorde a la pautas señaladas, posibilitaría sostener que excluir el 10% del precio en la actualización de períodos donde la ley no lo prohíbe expresamente -fuera de la vigencia del contrato- y la inflación es notoriamente elevada, pondría la carga de soportar una circunstancia económica ajena al contratista únicamente en su cabeza, lo que vulneraría los principios constitucionales de razonabilidad y de propiedad (artículos 17 y 28 de la Constitución Nacional, también reflejados en los artículos 14 y 50 de la Constitución Provincial).

Téngase presente que *"la importancia de identificar los principios rectores radica en que éstos, en general, cumplen la función de dar fundamento al ordenamiento jurídico, en consecuencia, las normas legales no se les pueden oponer..."* (NIELSEN, Federico, *"La Razonabilidad y la Eficiencia como Principios Generales de la Contratación Administrativa"*, en AA. VV., *"Cuestiones de Contratos Administrativos, Jornadas Nacionales Organizadas por la Universidad Austral"*, 1a ed., Ediciones RAP. Pág. 563 y ss).

Además, es necesario destacar, que lo que produce el perjuicio por el paso del tiempo, es la demora del Estado en efectivizar el contrato, que en el caso particular supuso varios meses.

[Firma manuscrita]

En resumen, el mantenimiento del valor de la ecuación económico financiera sería un derecho adquirido y la prohibición de actualización del 10% recogida en el decreto mencionado, no abarcaría aquellos momentos por afuera de la vigencia del contrato.

Desde una óptica de los hechos, el Director de Asuntos Jurídicos de la Dirección Provincial de Puertos, Dr. Roberto ROMERO, en su Dictamen N.º 64/2021, señaló: “(...) *no puede desconocerse la existencia de atraso normativo en la Provincia de Tierra del Fuego, en donde el Decreto Provincial N.º 73/2003 se sancionó en una época en que los índices inflacionarios en los precios no se concebían como en la actualidad, y que de seguir hoy este criterio resultaría un perjuicio evidente para el contratista.*

Fundamenta lo indicado en el párrafo anterior, la supresión de dicha circunstancia a nivel nacional, ya que el nuevo régimen de redeterminación de precios previsto en el Decreto N.º 691/2016 ha suprimido el 10% fijo e inamovible establecido en el Decreto 1295/2002”.

Se agrega a este argumento, que tal atraso normativo fue atendido parcialmente por el Legislador provincial al sancionar recientemente la Ley N.º 1408 que estableció un nuevo régimen de redeterminación de precios mas dinámico en la obra pública, que tampoco prevé la prohibición del actualización del 10%.

Por otro lado, entiendo que sería válido presumir que no se pudo prever al momento del cálculo del precio, la extensa demora que ocurriría entre la apertura de las ofertas y la suscripción del acta de inicio de obra.

En último término, en relación a la ecuación económico-financiera y su necesidad de mantenerla, como así la imposibilidad de prever este tipo de situaciones, este Organismo de Control ya tiene dicho: “(...) *cabe recordar que la teoría de la imprevisión ‘(...) consiste en la existencia de hechos*



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

"2022 - 40° Aniversario de la Gesta Heroica de Malvinas"

extraordinarios, imprevisibles, sobrevinientes y ajenos a las partes que producen un excesivo sacrificio para cualquiera de ellas en el desarrollo del contrato. Es decir, hechos imprevistos e imprevisibles por las partes al momento de celebrar el contrato.

(...) ese hecho extraordinario e imprevisible debe causar un marcado desequilibrio entre las prestaciones.

(...) la imprevisión torna mas onerosas las prestaciones de cualquiera de las partes contratantes sin extinguir el vínculo porque el cumplimiento no es imposible sino mas dificultoso'. (BALBÍN, Carlos F. 'Tratado de Derecho Administrativo', 1º Ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, Pag. 536.).

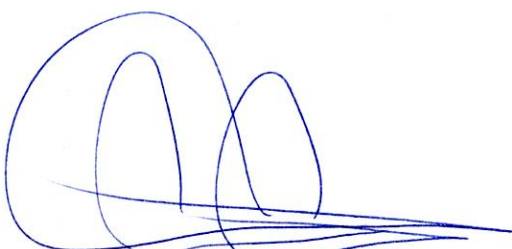
Así, conforme lo antedicho, se entiende que la decisión que se adopte debería estar precedida de un análisis adecuado y conforme a razón (...)" (Resolución Plenaria N.º 307/2021).

En definitiva, si dentro del marco de sus competencias y a petición del contratista, el funcionario a cargo considerase que mantener inamovible el 10% del precio total del contrato en su actualización, en aquella parte que se encuentra por afuera de su vigencia, generaría una alteración en la ecuación económica de la empresa adjudicada, y que esta no se encontraría dentro del razonable quebranto producido por la inflación que debe ser soportado exclusivamente por contratista, entonces sería posible en virtud del principio de equidad, que en este caso en concreto y bajo esas especiales circunstancias, se otorgase la actualización respecto de la parte por afuera de la vigencia del contrato sin el referido límite.

Ahora bien, a los fines de su procedencia, entiendo necesario recomendar a la autoridad consultante, que previo a resolver, y tras un reclamo de la contratista en ese sentido, mediante informe técnico y jurídico se analice y verifique que: 1) se acredite el desequilibrio en la ecuación económica-financiera

2) el acontecimiento que provocó ese desequilibrio no sea normalmente previsible -demora en la adjudicación -y resulte ajeno a la voluntad del contratista -falta de culpa-; 3) ese desequilibrio genere una excesiva onerosidad en la prestación del contrato que no debe ser soportada por el contratista; 4) el contrato se encuentre pendiente de cumplimiento.

En consecuencia, elevo las presentes para su continuidad.



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