



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

USHUAIA, 06 JUL 2023

VISTO: el Expediente del Registro de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios N° VS-28/2023 caratulado: "S/ INCORPORACIÓN DE FIGURA DE CONSTITUTO POSESORIO EN OBRA: "CONSTRUCCIÓN AZUD COTA 176 M – USHUAIA - TDF"; y

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones del Visto se remitieron el 26 de junio de 2023 a este Organismo de Control con motivo de la Nota N° 1101/2023, Letra: D.P.O.S.S. (fojas 31/32), suscripta por el Presidente del Ente provincial, Ing. Cristian Pereyra.

Que en su misiva, el funcionario de la DPOSS, indicó que: "(...) Las actuaciones se inician a partir de la solicitud por parte de la empresa Contratista NAKON SUR S.A. – BASSA S.A. AZUD UT, quien mediante Nota de Pedido N° 41 requirió se analice la posibilidad de poder certificar la provisión de materiales, los cuales se encuentran disponibles en su fabricación de origen, sito en la localidad de Villa Mercedes (Provincia de San Luis), lugar de emplazamiento de la planta de producción de la empresa Plastiferro Tubos S.A. (...)".

Que las actuaciones remitidas se inician con la intervención técnica del titular a cargo de la Gerencia Operativa y Técnica del ente e inspector de la obra en cuestión, Ing. Leopoldo LURASCHI, quien mediante el Informe N° 609/2023 (fojas 1) indicó que: "A criterio de la Inspección de Obra y de esta Gerencia Operativa y Técnica, dicha petición es atendible, ya que la incidencia de los ítems mencionados por la empresa y de los restantes ítems de la obra de referencia (que aún no han sido enunciados por tratarse de futuras etapas de obra) representan una incidencia de aproximadamente el 50% del valor de la obra básico. Motivo por el cual la empresa contratista no desea romper su ecuación económica-

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

financiera dentro del contexto inflacionario que lamentablemente atraviesa nuestro país, y del contexto nacional de desabastecimiento que fuertemente afecta gran parte de la obra pública en la República Argentina. Consecuentemente con lo expresado, es que se considera de suma y vital importancia que la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios sea quien logre asegurarse de forma fehaciente la propiedad de dichos materiales. Esto es considerado, por quien suscribe, como el principal argumento por el cual se entiende razonable la petición de la empresa Nakon Sur SA – Bassa SA – Azud UTE, pudiendo de esta manera garantizar la continuidad de la obra en relación al aprovisionamiento de los materiales e insumos cruciales para la finalización de la misma”.

Que siguiendo, a fojas 5/6 luce incorporada la Nota Interna N° 1498/2023 suscripta por la Directora de Estudios y Proyectos de la DPOSS, Mg. Ing. Mónica ABREQUE, junto con el proyecto de modificación del Pliego de Bases y Condiciones de la obra en Cuestión, incorporando el artículo 51 “*acopio de materiales*”, que se adicionaría a las condiciones especiales del Pliego y, del proyecto de contrato posesorio que será el caso suscribir en oportunidad de certificar los materiales en extraña jurisdicción.

Que a su vez, obra en las presentes actuaciones el Dictamen AJU N° 52/2023 (fojas 15/21), suscripto por la Directora de Asuntos Jurídicos de la DPOSS, Dra. Cynthia Elizabeth PACHECO, mediante el que concluyó que: “(...) *este servicio jurídico entiende que se podría realizar las modificaciones pretendidas al pliego licitatorio a efectos de incorporar la figura del acopio de materiales, el cual se complementará con la suscripción del constitutio posesorio y la extensión de la garantía mediante seguro de caución todo riesgo a favor de esta Dirección Provincial, por el total de los ítems a certificar a valores de la última Redeterminación presentada N° 8 correspondiente al mes de marzo de 2023, conforme lo expresado en el Informe N° 609/2023*”.

Que de esta manera, se giraron los presentes actuados a la Secretaría Legal de este Organismo de Control, en donde la abogada María Belén MONTE



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

DE OCA emitió el Informe Legal N° 143/2023, Letra: TCP-CA (fojas 33/39), donde efectuó el siguiente análisis: "(...) II. **ADMISIBILIDAD DEL ASESORAMIENTO**

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial N.º 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria N.º 124/2016.

En su Anexo I, se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por las máximas autoridades de los poderes del Estado provincial, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados.

Específicamente, el mentado Anexo, en su artículo 1º, dispone: '(...) 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

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

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 las 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 acompañarse el proyecto de acto administrativo’.

En el particular, de la documental obrante en el Expediente surge el pedido de asesoramiento remitido por el Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, Ing. Cristian PEREYRA, a los fines de emitir opinión en relación a determinar si resulta procedente la certificación de provisión de materiales, los que se encuentran disponibles en su fabricación de origen, en la Provincia de San Luis.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución Plenaria N° 124/2016 antes citada, se juzga necesario que este Tribunal, para emitir opinión, cuente con el dictamen previo emitido por el órgano de asesoramiento



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

jurídico o técnico competente con el objeto de hacer más adecuada la clarificación de la cuestión traída en consulta, para evitar convertirse en una asesoría jurídica supliendo las funciones propias de cada jurisdicción.

En relación a ello, a fojas 1 luce incorporado el Informe N° 609/2023, suscripto por el gerente operativo e inspector de la obra en cuestión, Ing. Leopoldo LURASCHI emitiendo opinión técnica al respecto.

A su vez, a fs. 5/6 se incorpora la Nota Interna N° 1498/2023, emitida por la Directora de Estudios y Proyectos, Mag. Ing. Mónica OBREQUE, acompañando los proyectos de modificación del Pliego y el modelo del contrato que sugieren suscribir.

Finalmente, en cumplimiento de los requisitos, también se acompaña el Dictamen AJU N° 52/2023, en virtud del cual la Directora de Asuntos Jurídicos de la D.P.O.S.S., analiza el asunto traído a consideración, emitiendo su opinión jurídica al respecto.

En esta instancia, en virtud de las consideraciones antes indicadas, estimo prudente, en este caso en dar curso a su tratamiento en función a la importancia de lo requerido.

III. 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 de obra, 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,

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

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)'.
f

IV. ANÁLISIS

Efectuadas las aclaraciones y limitaciones precedentes, y entrando al análisis jurídico en relación a la viabilidad de que se certifique la provisión de materiales que se encuentran disponibles en la Provincia de San Luis, sede de fabricación, corresponde realizar algunas observaciones con respecto a la normativa aplicable y circunstancias específicas del caso.

En primer lugar, resulta importante destacar que la solicitud efectuada por la empresa contratista U.T. Nakon SUR S.A. – BASSA SA. a los fines de proceder al acopio de materiales para su certificación, cuyo fundamento es compartido por el equipo técnico y legal del ente, requeriría llevar adelante una modificación al Pliego de Bases y Condiciones aprobado por Resolución DPOSS N° 1660/2022, en tanto que dicho Pliego no incluyó la posibilidad de acopiar y certificar materiales de la obra, durante su ejecución.

Al respecto, es importante advertir que conceptualmente el Pliego de Bases y Condiciones es el documento de cumplimiento obligatorio para las partes que regula la relación contractual de la administración con los contratistas.

Como conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, implican aquellas condiciones que se deberán seguir en la preparación y en la ejecución de los contratos, en tanto que establece los derechos y obligaciones de los contratistas y de la Administración que contrata.

En ese sentido, su cumplimiento es obligatorio para las partes como la ley misma y debe darse estricto cumplimiento, a los fines de preservar el respeto a los principios básicos de legalidad, publicidad, concurrencia e igualdad que rigen el proceso licitatorio.



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

Ahora bien, ante supuestos particulares, como los que nos traen, no encuentro obstáculos normativos que limiten la posibilidad administrativa para modificar los pliegos luego de su publicación y mientras dura la ejecución del contrato, siempre que ello no vaya en mengua del principio de igualdad.

Ello, en tanto que circunstancias tales como el proceso inflacionario que conlleva el aumento sostenido de precios, y las dificultades y tiempos que implican el transporte de materiales a la Isla, podría producir desequilibrios económicos financieros durante la ejecución del contrato, y que la empresa no debería soportar.

En ese sentido, 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.

En un contexto como el de una economía desconcertante como la actual, de no recurrir a mecanismos habilitados jurídicamente para atender a esta cuestión, es cierto que podrían generarse en el contratista, cargas económicas ajenas a su responsabilidad y que vulneraría el principio constitucional de razonabilidad y el derecho de propiedad de manera excesiva.

Es por ello que, ante las variaciones económicas, sumado al desabastecimiento general de materiales a los que refiere la contratista, es que la Administración debe activar los mecanismos que permitan dar cumplimiento a los compromisos contractuales asumidos.

En ese sentido, a criterio de la suscripta resultaría razonable la incorporación de una nueva cláusula al pliego que permita el acopio y la certificación de materiales fuera de la provincia, destacándose además que el proyecto incluiría la presencia del inspector de obra en el lugar donde se efectuará el depósito de los materiales a los fines de constatar su existencia y estado de los mismos, todo a costa de la parte contratista.

Handwritten initials in blue ink, possibly "PZ" or "PZ 2".

A su vez, la cláusula propuesta incluiría la constitución de una garantía mediante una póliza de seguro de caución todo riesgo a favor de la DPOSS por la totalidad de los materiales que se certificarán en extraña jurisdicción, hasta su completa tenencia por la provincia, entiendo que incluyendo la etapa de transporte que también estaría a cargo de la contratista.

Por su parte, y de acuerdo al principio de igualdad que también debe regir en toda contratación, resulta acertado aseverar que, ante un hecho sobreviviente y ajeno a las partes como es el aumento imprevisible de precios, tal circunstancia podría haberse dado respecto de cualquier contratista y por ello no estaríamos ante el supuesto de una vulneración de dicho principio.

En consecuencia, probados los fundamentos que la contratista aduce, referidos al desequilibrio económico que podría implicar el paso del tiempo para la certificación de los materiales, la escases de materiales y la complejidad del transporte que requiere meses para su efectiva colocación en la provincia, harían razonable la petición de la empresa constructora.

Además, tal decisión también podría fundamentarse en razones de interés general, en tanto que la obra en cuestión, tiene un fin público que debe ser alcanzado por la Administración.

Entonces, la modificación al Pliego de Bases y Condiciones, no implicaría en principio una vulneración al principio de igualdad y tendría un fundamento válido en relación con el impacto de la inflación en la ecuación económica financiera del contrato.

En otro orden de consideraciones, corresponde referirse a la figura del *Costituito Possessorio*.

El artículo 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación, expresa en su parte pertinente que: 'La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenuta a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía en su nombre, o cuando el que la poseía a



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

nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. **Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a nombre de otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente**' (el destacado es propio).

A su vez, el artículo 1923 del mismo Código de fondo, indica: 'Modos de adquisición. Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa'.

Ahora bien, si bien la figura corresponde a un instituto del derecho civil y no del derecho administrativo, es dable advertir que la jurisprudencia y reconocida doctrina al respecto, se han pronunciado a favor de que las reglas del derecho civil complementen las lagunas que podrían presentarse en materia administrativa, por cuanto resulta viable adaptar los principios y herramientas del orden privado al público a los fines de dar respuestas jurídicas ante los silencios de la ley.

Sobre los parámetros antes expuestos es que desde el Ente se pensó en el instituto de *Constitutio Possessorio*, como herramienta a los fines de transmitir la propiedad de la cosa mueble, manteniéndose la tenencia en manos del propietario anterior.

Así, reconocida doctrina tiene dicho que: 'Esta figura, de indiscutida naturaleza contractual, permite que quien este poseyendo por sí, transmita la posesión, pero conserve la cosa en su poder en calidad de tenedor, o en otros términos, constituyéndose en poseedor en nombre del adquirente.

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

El transmitente, no obstante mantener la relación material con cosa, desciende de la categoría de poseedor a la de tenedor. Por ejemplo, cuando el dueño de un inmueble lo vende, y acto siguiente, se lo alquila al adquiriente.

(...) Por una cuestión de economía y práctica, a fin de evitar inútiles desplazamientos de la cosa, la ley prescinde de la realización de actos materiales, resultando suficiente el acuerdo de voluntades' (KIPPER, CLAUDIO, 'Tratado de Derechos Reales', Tomo I, pag. 160. RUBINZAL – CULZONI).

Por su parte, es de destacar que la instrumentación de tal instituto, a criterio de la suscripta, bien puede celebrarse en un solo contrato, si del mismo surge que quien la transmitente continua en tenencia de la cosa, reconociendo la propiedad de la DPOSS.

Por razones de buena técnica contractual, debo sugerir que la redacción del contrato cuente con todos sus elementos esenciales, naturales y accidentales. En este sentido, el contrato a utilizar dependerá en mucho de la voluntad de los contratantes. Por lo demás, las normas supletorias regularán los elementos naturales no previstos, siendo de aplicación al caso las reglas del depósito previsto también en la normativa civil.

V. CONCLUSIÓN

Como corolario de lo expuesto, no encuentro óbice legal para proceder a la modificación del Pliego de Bases y Condiciones incorporando la figura del acopio de materiales a los fines de efectuar la certificación de los materiales en distinta jurisdicción, en virtud de los fundamentos antes expuestos.

Por su parte, a criterio de la suscrita, en relación al contrato constituto posesorio, entiendo que en principio resultaría viable el uso de la figura, en pos de que la propiedad pase a titularidad de la DPOSS pero la tenencia continúe en cabeza de la contratista durante el tiempo de resguardo y transporte de la cañería desde San Luis hasta Ushuaia, a fin de que durante el lapso que dure dicho traslado (4 meses en camión) la contratista asuma la responsabilidad sobre su



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

correcta conservación sumando a la póliza contra todo riesgo que debe también que la contratista debe convenir para que esta modalidad sea viable.

Finalmente se recomienda que el monto de la póliza represente el valor de mercado del bien, no a marzo de 2023 de acuerdo con la Redeterminación N° 8, en tanto que en caso de dañarse los materiales, el valor de la póliza no alcanzaría para adquirirlos nuevamente (...)"

Que el Informe Legal citado fue compartido por la Coordinadora de la Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE mediante Nota Interna N° 1539/2023, Letra: TCP-CL (fojas 40).

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Legal N° 143/2023, Letra: TCP-CA, correspondiendo emitir el presente acto.

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° 30/2023.

Que los suscriptos se encuentran facultados para emitir el presente acto en virtud de lo dispuesto por los artículos 2º inciso i), 26 y concordantes de la Ley provincial N° 50, así como también por lo dispuesto en la Resolución Plenaria N° 124/2016.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal N° 143/2023, Letra: TCP-CA, que forma parte integrante de la presente. Ello, en virtud de lo dispuesto en los considerandos.

[Firma manuscrita]

ARTÍCULO 2°.- Notificar con copia certificada de la presente y remisión de estas actuaciones, al Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios Ing. Cristian PEREYRA, para su conocimiento.

ARTÍCULO 3°.- Notificar al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, y por su intermedio a la abogada interviniente, a la Coordinadora de la Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE y a la Secretaría Contable.

ARTÍCULO 4°.- Registrar, publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 138 /2023.

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



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

Informe Legal N° 143/2023

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

Ref.: Expte. N.º 28/2023

Letra: D.P.O.S.S.

Ushuaia, 6 de julio de 2023

**SEÑORA COORDINADORA LEGAL
DRA. MARÍA JULIA DE LA FUENTE**

Viene a esta Secretaría Legal el Expediente de la referencia, perteneciente a la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios caratulado "*S/ INCORPORACIÓN DE FIGURA DE CONSTITUTO POSESORIO EN OBRA: 'CONSTRUCCIÓN AZUD COTA 176M – USHUAIA – TDF'*", con el objeto de brindar opinión con relación a la consulta efectuada por el Presidente de la D.P.O.S.S., Ing. Cristian PEREYRA, vinculada a la procedencia de la certificación de la provisión de materiales disponibles en la sede de fabricación de origen, previo a su traslado a la Provincia.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la Nota N° 1101/2023, Letra: D.P.O.S.S. suscripta por el Presidente del Ente provincial, Ing. Cristian Pereyra, dirigida a este Organismo de Control el 26 de junio del presente año.

UB

En su misiva, el funcionario de la DPOSS, indicó que: “(...) Las actuaciones se inician a partir de la solicitud por parte de la empresa Contratista NAKON SUR S.A. – BASSA S.A. AZUD UT, quien mediante Nota de Pedido N° 41 requirió se analice la posibilidad de poder certificar la provisión de materiales, los cuales se encuentran disponibles en su fabricación de origen, sito en la localidad de Villa Mercedes (Provincia de San Luis), lugar de emplazamiento de la planta de producción de la empresa Plastiferro Tubos S.A. (...)”.

Las actuaciones remitidas inician con la intervención técnica del titular a cargo de la Gerencia Operativa y Técnica del ente e inspector de la obra en cuestión, Ing. Leopoldo LURASCHI, quien mediante el Informe N° 609/2023 (fs. 1) indicó que: “A criterio de la Inspección de Obra y de esta Gerencia Operativa y Técnica, dicha petición es atendible, ya que la incidencia de los ítems mencionados por la empresa y de los restantes ítems de la obra de referencia (que aún no han sido enunciados por tratarse de futuras etapas de obra) representan una incidencia de aproximadamente el 50% del valor de la obra básico. Motivo por el cual la empresa contratista no desea romper su ecuación económica-financiera dentro del contexto inflacionario que lamentablemente atraviesa nuestro país, y del contexto nacional de desabastecimiento que fuertemente afecta gran parte de la obra pública en la República Argentina. Consecuentemente con lo expresado, es que se considera de suma y vital importancia que la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios sea quien logre asegurarse de forma fehaciente la propiedad de dichos materiales. Esto es considerado, por quien suscribe, como el principal argumento por el cual se entiende razonable la petición de la empresa Nakon Sur SA – Bassa SA – Azud UTE, pudiendo de esta manera garantizar la continuidad de la obra en relación al aprovisionamiento de los materiales e insumos cruciales para la finalización de la misma”.

Siguiendo, a fs. 5/6 luce incorporada la Nota Interna N° 1498/2023 suscripta por la Directora de Estudios y Proyectos de la DPOSS, Mg. Ing. Mónica



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

ABREQUE, junto con el proyecto de modificación del Pliego de Bases y Condiciones de la obra en Cuestión, incorporando el artículo 51 "acopio de materiales", que se adicionaría a las condiciones especiales del Pliego y, del proyecto de contrato posesorio que será el caso suscribir en oportunidad de certificar los materiales en extraña jurisdicción.

A su vez, obra en las presentes actuaciones el Dictamen AJU N° 52/2023, suscripto por la Directora de Asuntos Jurídicos de la DPOSS, Dra. Cynthia Elizabeth PACHECO, mediante el que concluyó que: "(...) este servicio jurídico entiende que se podría realizar las modificaciones pretendidas al pliego licitatorio a efectos de incorporar la figura del acopio de materiales, el cual se complementará con la suscripción del constitutio posesorio y la extensión de la garantía mediante seguro de caución todo riesgo a favor de esta Dirección Provincial, por el total de los ítems a certificar a valores de la última Redeterminación presentada N° 8 correspondiente al mes de marzo de 2023, conforme lo expresado en el Informe N° 609/2023".

De esta manera, se remitieron los presentes actuados a la Coordinación Legal de este Organismo de Control, para tomar intervención al respecto.

II. ADMISIBILIDAD DEL ASESORAMIENTO

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial N.º 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria N.º 124/2016.

AB

En su Anexo I, se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por las máximas autoridades de los poderes del Estado provincial, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados.

Específicamente, el mentado Anexo, en su artículo 1º, dispone: “(...) *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 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*

NB



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

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 las 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 2º inciso i) de la Ley provincial N° 50. En caso de corresponder, deberá acompañarse el proyecto de acto administrativo".

En el particular, de la documental obrante en el Expediente surge el pedido de asesoramiento remitido por el Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, Ing. Cristian PEREYRA, a los fines de emitir opinión en relación a determinar si resulta procedente la certificación de provisión de materiales, los que se encuentran disponibles en su fabricación de origen, en la Provincia de San Luis.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución Plenaria N° 124/2016 antes citada, se juzga necesario que este Tribunal, para emitir opinión, cuente con el dictamen previo emitido por el órgano de asesoramiento jurídico o técnico competente con el objeto de hacer más adecuada la clarificación de la

MS

cuestión traída en consulta, para evitar convertirse en una asesoría jurídica supliendo las funciones propias de cada jurisdicción.

En relación a ello, a fojas 1 luce incorporado el Informe N° 609/2023, suscripto por el gerente operativo e inspector de la obra en cuestión, Ing. Leopoldo LURASCHI emitiendo opinión técnica al respecto.

A su vez, a fs. 5/6 se incorpora la Nota Interna N° 1498/2023, emitida por la Directora de Estudios y Proyectos, Mag. Ing. Mónica OBREQUE, acompañando los proyectos de modificación del Pliego y el modelo del contrato que sugieren suscribir.

Finalmente, en cumplimiento de los requisitos, también se acompaña el Dictamen AJU N° 52/2023, en virtud del cual la Directora de Asuntos Jurídicos de la D.P.O.S.S., analiza el asunto traído a consideración, emitiendo su opinión jurídica al respecto.

En esta instancia, en virtud de las consideraciones antes indicadas, estimo prudente, en este caso en dar curso a su tratamiento en función a la importancia de lo requerido.

III. 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 de obra, así como asuntos de oportunidad, mérito o conveniencia que resultan ajenos a la competencia funcional de este órgano asesor.

MB



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

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

IV. ANÁLISIS

Efectuadas las aclaraciones y limitaciones precedentes, y entrando al análisis jurídico en relación a la viabilidad de que se certifique la provisión de materiales que se encuentran disponibles en la Provincia de San Luis, sede de fabricación, corresponde realizar algunas observaciones con respecto a la normativa aplicable y circunstancias específicas del caso.

En primer lugar, resulta importante destacar que la solicitud efectuada por la empresa contratista U.T. Nakon SUR S.A. – BASSA SA. a los fines de proceder al acopio de materiales para su certificación, cuyo fundamento es compartido por el equipo técnico y legal del ente, requeriría llevar adelante una modificación al Pliego de Bases y Condiciones aprobado por Resolución DPOSS N° 1660/2022, en tanto que dicho Pliego no incluyó la posibilidad de acopiar y certificar materiales de la obra, durante su ejecución.

MB

Al respecto, es importante advertir que conceptualmente el Pliego de Bases y Condiciones es el documento de cumplimiento obligatorio para las partes que regula la relación contractual de la administración con los contratistas.

Como conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante, implican aquellas condiciones que se deberán seguir en la preparación y en la ejecución de los contratos, en tanto que establece los derechos y obligaciones de los contratistas y de la Administración que contrata.

En ese sentido, su cumplimiento es obligatorio para las partes como la ley misma y debe darse estricto cumplimiento, a los fines de preservar el respeto a los principios básicos de legalidad, publicidad, concurrencia e igualdad que rigen el proceso licitatorio.

Ahora bien, ante supuestos particulares, como los que nos traen, no encuentro obstáculos normativos que limiten la posibilidad administrativa para modificar los pliegos luego de su publicación y mientras dura la ejecución del contrato, siempre que ello no vaya en mengua del principio de igualdad.

Ello, en tanto que circunstancias tales como el proceso inflacionario que conlleva el aumento sostenido de precios, y las dificultades y tiempos que implican el transporte de materiales a la Isla, podría producir desequilibrios económicos financieros durante la ejecución del contrato, y que la empresa no debería soportar.

En ese sentido, 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.

VB



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

En un contexto como el de una economía desconcertante como la actual, de no recurrir a mecanismos habilitados jurídicamente para atender a esta cuestión, es cierto que podrían generarse en el contratista, cargas económicas ajenas a su responsabilidad y que vulneraría el principio constitucional de razonabilidad y el derecho de propiedad de manera excesiva

Es por ello que, ante las variaciones económicas, sumado al desabastecimiento general de materiales a los que refiere la contratista, es que la Administración debe activar los mecanismos que permitan dar cumplimiento a los compromisos contractuales asumidos.

En ese sentido, a criterio de la suscripta resultaría razonable la incorporación de una nueva cláusula al pliego que permita el acopio y la certificación de materiales fuera de la provincia, destacándose además que el proyecto incluiría la presencia del inspector de obra en el lugar donde se efectuará el depósito de los materiales a los fines de constatar su existencia y estado de los mismos, todo a costa de la parte contratista.

A su vez, la cláusula propuesta incluiría la constitución de una garantía mediante una póliza de seguro de caución todo riesgo a favor de la DPOSS por la totalidad de los materiales que se certificarán en extraña jurisdicción, hasta su completa tenencia por la provincia, entiendo que incluyendo la etapa de transporte que también estaría a cargo de la contratista.

Por su parte, y de acuerdo al principio de igualdad que también debe regir en toda contratación, resulta acertado aseverar que, ante un hecho sobreviniente y ajeno a las partes como es el aumento imprevisible de precios, tal

MB

circunstancia podría haberse dado respecto de cualquier contratista y por ello no estaríamos ante el supuesto de una vulneración de dicho principio.

En consecuencia, probados los fundamentos que la contratista aduce, referidos al desequilibrio económico que podría implicar el paso del tiempo para la certificación de los materiales, la escases de materiales y la complejidad del transporte que requiere meses para su efectiva colocación en la provincia, harían razonable la petición de la empresa constructora.

Además, tal decisión también podría fundamentarse en razones de interés general, en tanto que la obra en cuestión, tiene un fin público que debe ser alcanzado por la Administración.

Entonces, la modificación al Pliego de Bases y Condiciones, no implicaría en principio una vulneración al principio de igualdad y tendría un fundamento válido en relación con el impacto de la inflación en la ecuación económica financiera del contrato.

En otro orden de consideraciones, corresponde referirse a la figura del Constitutto Posessorio.

El artículo 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación, expresa en su parte pertinente que: *“La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenuta a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía en su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. **Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a nombre de otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente**”* (el destacado es propio).



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

A su vez, el artículo 1923 del mismo Código de fondo, indica: *"Modos de adquisición. Las relaciones de poder se adquieren por la tradición. No es necesaria la tradición, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste pasa la posesión a quien la tenía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro, quien la adquiere desde que el tenedor queda notificado de la identidad del nuevo poseedor. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro, reservándose la tenencia y constituyéndose en representante del nuevo poseedor. La posesión se adquiere asimismo por el apoderamiento de la cosa"*.

Ahora bien, si bien la figura corresponde a un instituto del derecho civil y no del derecho administrativo, es dable advertir que la jurisprudencia y reconocida doctrina al respecto, se han pronunciado a favor de que las reglas del derecho civil complementen las lagunas que podrían presentarse en materia administrativa, por cuanto resulta viable adaptar los principios y herramientas del orden privado al público a los fines de dar respuestas jurídicas ante los silencios de la ley.

Sobre los parámetros antes expuestos es que desde el Ente se pensó en el instituto de Constituto Posesorio, como herramienta a los fines de transmitir la propiedad de la cosa mueble, manteniéndose la tenencia en manos del propietario anterior.

Así, reconocida doctrina tiene dicho que: *"Esta figura, de indiscutida naturaleza contractual, permite que quien este poseyendo por sí, transmita la posesión, pero conserve la cosa en su poder en calidad de tenedor, o en otros términos, constituyéndose en poseedor en nombre del adquirente."*

AB

El transmitente, no obstante mantener la relación material con cosa, desciende de la categoría de poseedor a la de tenedor. Por ejemplo, cuando el dueño de un inmueble lo vende, y acto siguiente, se lo alquila al adquiriente.

(...) Por una cuestión de economía y práctica, a fin de evitar inútiles desplazamientos de la cosa, la ley prescinde de la realización de actos materiales, resultando suficiente el acuerdo de voluntades” (KIPPER, CLAUDIO, “Tratado de Derechos Reales”, Tomo I, pag. 160. RUBINZAL – CULZONI).

Por su parte, es de destacar que la instrumentación de tal instituto, a criterio de la suscripta, bien puede celebrarse en un solo contrato, si del mismo surge que quien la transmitente continua en tenencia de la cosa, reconociendo la propiedad de la DPOSS.

Por razones de buena técnica contractual, debo sugerir que la redacción del contrato cuente con todos sus elementos esenciales, naturales y accidentales. En este sentido, el contrato a utilizar dependerá en mucho de la voluntad de los contratantes. Por lo demás, las normas supletorias regularán los elementos naturales no previstos, siendo de aplicación al caso las reglas del depósito previsto también en la normativa civil.

V. CONCLUSIÓN

Como corolario de lo expuesto, no encuentro óbice legal para proceder a la modificación del Pliego de Bases y Condiciones incorporando la figura del acopio de materiales a los fines de efectuar la certificación de los materiales en distinta jurisdicción, en virtud de los fundamentos antes expuestos.

Por su parte, a criterio de la suscrita, en relación al contrato constituto posesorio, entiendo que en principio resultaría viable el uso de la figura, en pos de

UB



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

que la propiedad pase a titularidad de la DPOSS pero la tenencia continúe en cabeza de la contratista durante el tiempo de resguardo y transporte de la cañería desde San Luis hasta Ushuaia, a fin de que durante el lapso que dure dicho traslado (4 meses en camión) la contratista asuma la responsabilidad sobre su correcta conservación sumando a la póliza contra todo riesgo que debe también que la contratista debe convenir para que esta modalidad sea viable.

Finalmente se recomienda que el monto de la póliza represente el valor de mercado del bien, no a marzo de 2023 de acuerdo con la Redeterminación N° 8, en tanto que en caso de dañarse los materiales, el valor de la póliza no alcanzaría para adquirirlos nuevamente.

En virtud de lo expuesto, se elevan las presentes actuaciones para continuidad de trámite.

Dra. María Belén MONTE DE OCA
Abogada
Matrícula N° 604 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia

*Habiendo tomado intervención en el Informe de la Dra. María Belén Monte de Oca, y en la actuación por continuidad del trámite.
06/07/2023*

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

