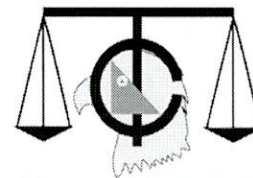




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



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

"2022 - 40° ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Ushuaia, 29 ABR 2022

VISTO: el Expediente N.º MFP-E-9208/2022, caratulado:
"ADQUISICIÓN DE INSUMOS ALIMENTARIOS DESTINADOS AL SERVICIO
DE COPA DE LECHE DE INSTITUCIONES PERTENECIENTES AL M.E.C.C.Y
T- MARZO, ABRIL Y MAYO PROVINCIAL"; y,

CONSIDERANDO:

Que mediante la Nota N.º 159/2022 Letra O.P.C., del 21 de abril de 2022 (fs. 97/99), la Oficina Provincial de Contrataciones a través de su Subdirector Abog. Emiliano FOSSATTO, solicitó asesoramiento al Tribunal de Cuentas, expresando lo siguiente: "(...) Con fecha 21 de febrero de 2022 fue suscripta la Resolución M.F.P. N.º 207/2022, autorizando el llamado de la Compra Directa N.º 035/2022 RAF 103 por la que tramita la adquisición de insumos alimentarios destinados al servicio de Copa de Leche de las instituciones pertenecientes al Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, durante los meses de marzo, abril y mayo de 2021.

De esta manera, las presentes actuaciones involucran dos servicios que la administración presta y que resultan de carácter esencial, por un lado, la provisión de alimentos a niños y adolescentes en edad escolar y por otra, el servicio de educación.

Ahora bien resulta forzoso mencionar que, habiéndose tramitado el procedimiento, a los fines de dar cumplimiento con el control de auditoría interna, se remitieron las presentes actuaciones el día 16 de marzo al servicio de auditoría. Sin embargo, por cuestiones absolutamente ajenas a esta Oficina, que involucraron el cambio de Auditores que sucederían unos días después de haberse enviado el expediente a su revisión, conllevó una dilación que no pudo ser advertida ni prevista con anterioridad al inicio del procedimiento. No obstante, ese cambio ajeno a la Oficina, repercutió directamente sobre el

procedimiento, generando el actual estado de extemporaneidad de la adjudicación.

Sin embargo, a los fines de alcanzar una solución equilibrada que permita satisfacer razonablemente el interés público comprometido dentro del marco legal existente, esta Oficina Provincial de Contrataciones entiende procedente el dictado del pertinente acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos al mes de marzo, bajo las consideraciones que a continuación se realizan:

No resulta ocioso iniciar señalando que el acto administrativo que se propicia implica la aprobación del procedimiento de contratación y la adjudicación de las ofertas, tal lo expresamente previsto en el régimen de compras de la Provincia.

Es efecto, el acto que se pretende emitir se encuentra dentro del marco del artículo 32 inciso e) de la Ley Provincial 1015, cuyo texto reza: 'Artículo 32- Formalidades de la Actuaciones. Deberán realizarse mediante el dictado de acto administrativo como mínimo las siguientes actuaciones: ...e) aprobación del procedimiento de contratación y la adjudicación...'

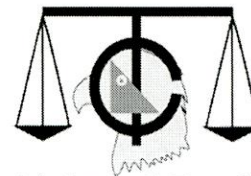
Es decir, que por expresa indicación del Régimen de Compras de la Provincia lo que se pretende en definitiva es dictar un acto administrativo unilateral por cuyo conducto se apruebe y adjudique el procedimiento, pero para que ello suceda deberá previamente y bajo causal de nulidad cumplimentar los requisitos esenciales del acto administrativo, previstos en el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 141.

Expresado lo anterior, cabe concluir que en el presente caso la Ley de Procedimientos Administrativos resulta de aplicación directa al acto administrativo que se pretende suscribir por parte del Sector Público Provincial.

A mayor abundamiento, vale recordar lo estipulado por el artículo 100 de la Ley N° 141 en cuanto expresamente señala: '...Los contratos que celebren las distintas dependencias de la Administración Pública Provincial, los



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"

permisos, autorizaciones y concesiones que otorgue, cualquiera fuera su especie, se registrarán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas referidas a los actos administrativos de la presente Ley, si ello fuera procedente...'.

Establecida la aplicación directa de la ley de procedimientos administrativos a los actos administrativos unilaterales -como el que aquí se propicia- y toda vez que en el presente caso se pretende dotar al mismo de alcances retroactivos, una vez más, corresponde señalar que ni la regla de la irretroactividad de los efectos del acto administrativo ni sus excepciones vienen dadas, en sentido estricto, por el Régimen de Contrataciones de la Administración Provincial, sino por la Ley Provincial de Procedimientos Administrativos N° 141.

En este marco, el artículo 108 de la Ley N° 141 determina: 'El acto administrativo sólo podrá tener efectos retroactivos, y siempre que no se lesionaren derechos adquiridos, cuando: a) Se dictare en sustitución de otro revocado; b) se dictare para sanear un acto anulable; c) se dictare para aprobar el acto sometido a condición suspensiva de aprobación; d) se traten de actos declarativos, interpretativos o meramente aclaratorios; e) se traten de actos que favorecieren al particular y no produjeran daño alguno; f) si así se dispusiere por ley de orden público' (el subrayado no pertenece al original).

Así por aplicación directa de la Ley N° 141, el efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro a partir de su notificación válida. Pero hay diversos supuestos en que puede válidamente producir efectos retroactivos.

Esta excepción, resulta factible cuando el acto favoreciera al administrado y no produzcan daños, a los fines de evitar perjuicios graves al administrado, 'siempre que no se lesionaren derechos adquiridos'.

En este orden se entiende que el concepto de 'derecho adquirido' debe interpretárgelo con amplitud, comprendiendo no solamente la situación que se

produce con la adjudicación sino también abarcando la idea de ‘derecho a una situación’, de ‘derecho a ser juzgado de acuerdo a determinada norma’.

De esta manera, ninguna duda cabe que -en principio- el perfeccionamiento y efectos del contrato se produce a partir de la adjudicación, momento a partir del cual inicia el vínculo contractual entre el Estado y el proveedor. Sin embargo, muchas veces se incurre en el error de pensar que previo a la etapa de adjudicación, se carece de normas o reglas que obliguen a la Administración, cuando en realidad y como mínimo está obligado por las suyas propias.

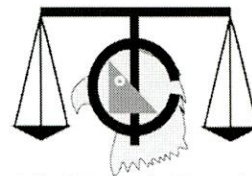
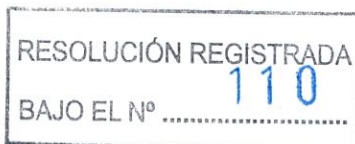
El oferente de un procedimiento contractual tiene derecho a la regularidad del desarrollo de todo el procedimiento de selección, es decir, al respeto estricto de los principios y normas que rigen el accionar de la Administración, que resultan obligatorias para los oferentes y para la administración misma por el principio de confianza legítima y la razonable expectativa de los oferentes de que tales reglas habrán de ser respetadas y cumplidas por el organismo que llevó adelante el procedimiento.

Asimismo, cabe mencionar que si bien los gastos o expectativas en que pueda incurrir el oferente son riesgos propios del ámbito empresarial, por otro lado, tampoco puede desconocerse que en el obrar administrativo, el Estado necesita de bienes y servicios para satisfacer el interés público comprometido, debiendo para ello poder recurrir a los particulares como colaboradores que logren coadyuvar oportuna y convenientemente, al cumplimiento de las necesidades pública comprometidas, debiendo evitar la frustración o resentimiento del servicio así como evitar desalentar la participación y concurrencia de los proveedores a futuros procedimientos por descréditos de la Administración.

Por lo expuesto, se entiende que si bien la regla es la irretroactividad de los actos, el artículo 108 de la Ley N° 141 habilita la excepción de la retroactividad. Ello puede ocurrir por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y hay sustento fáctico suficiente



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"

para dar validez en el pasado a lo que el acto resuelve, todos requisitos que se consideran presentes en el actual procedimiento.

En conclusión, dado el contexto en que se desarrolló el procedimiento, la necesidad crítica que se intenta cubrir, esto es, los insumos necesarios para todas las instituciones educativas de la Provincia para la normal prestación del servicio de Copa de Leche, y teniendo en cuenta la relación de confianza y colaboración mutua que debe existir entre la Administración y el administrado, y toda vez que no se advierte daño alguno que pudiera generarse, por el contrario, la situación analizada favorece a los particulares que intervinieron en el procedimiento, considero factible la emisión del acto con efectos retroactivos.

Una opinión en contrario, no solo podría ocasionar el resentimiento de un servicio esencial como el que aquí se intenta cubrir, afectando derechos básicos de niños y adolescentes sino también empujaría al Estado Provincial a tener que igualmente satisfacer la necesidad pública pero a través de herramientas que el ordenamiento jurídico pretende evitar por encontrarse al margen de la ley, como la figura del legítimo abono o reconocimiento de gastos.

Finalmente, y sin perjuicio de la postura de esta Oficina Provincial de Contrataciones vertida en los párrafos precedentes, deviene insoslayable mencionar que a través del Dictamen S.C.L. (S.G.L. y T.) N° 133/2022, se expidió el Servicio Jurídico de la Secretaría General Legal y Técnica, quien en prieta síntesis no comparte los argumentos esgrimidos por esta Oficina, en cuanto a la excepción de retroactividad del acto administrativo porque no resultaría respetuosa de las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado, considerando como improcedente el tipo de integración normativa para el caso concreto.

Manifestada la postura de la Oficina Provincial de Contrataciones y elevada la consulta también a los asesores externos de la oficina, se remite a su consideración (...)"

Que a fs. 100/107 obra el Informe Legal N.º 109/2022 Letra: TCP-CA, suscripto por el Dr. Luis Mario GRASSO, en el que efectúa el análisis y arriba a la conclusión que seguidamente se detalla:

“(...) II. ANÁLISIS

II.1. Preliminar

Con el objetivo de proveer de alimentos a niños en situación de vulnerabilidad se llevó a cabo un procedimiento de selección de urgencia en los términos del artículo 18, inciso b), de la Ley provincial N.º 1015 y de la Resolución de la O.P.C. N.º 17/2021.

Puede verificarse en estas actuaciones que el Ministro de Finanzas Públicas autorizó el llamado a la compra directa por urgencia, aprobó el formulario de cotización e imputó preventivamente el crédito presupuestario mediante la Resolución MFP N.º 207/2022 (a fojas 32).

Así mismo se constata que se realizó difusión de la contratación y se invitó a cotizar a CUATRO (4) empresas del ramo (fojas 35/37) y que la apertura de ofertas ocurrió el 22 febrero de 2022.

Al mes siguiente, el 15 de marzo, se labró el Acta de Preadjudicación y se adjuntó un detalle de ofertas por postulante a modo de cuadro comparativo (a fojas 58/64).

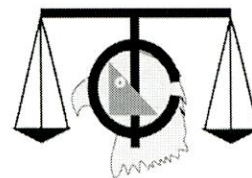
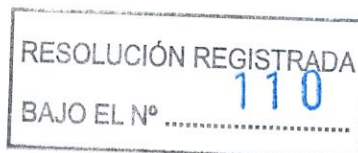
Una vez confeccionados el proyecto de acto administrativo y lista de control previa a la adjudicación, se remitió el expediente a la Auditoría Interna en dos ocasiones: el 16 de marzo de 2022 (a fojas 67) y 8 de abril de 2022 (a fojas 80).

El 11 de abril de 2022, el órgano de control interno tuvo por subsanadas las observaciones y consideró que, previa toma de conocimiento del Informe N.º 333/2022 U.A.I.-M.F.P. por parte de la Oficina Provincial de Contrataciones, se podía continuar el trámite (a fojas 80 vuelta).

Con esos elementos, la Oficina Provincial de Contrataciones (en adelante O.P.C.), el 8 de abril justificó y propició el dictado del Decreto 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"

adjudicación con efectos retroactivos al mes de marzo (a fojas 83 vta./92) a través del Dictamen N.º 48/2022 D.G.L.yA.-O.P.C.

En la instancia del acto de adjudicación, el 13 de abril de 2022, la Secretaria de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica objetó el dictado del mismo considerando: a) que la Ley provincial N.º 141 se aplica sólo de manera analógica a los actos administrativos que se realizan en los procedimientos de contrataciones estatales; b) que en virtud de esa aplicación analógica, carecería de legalidad un decreto con efectos retroactivos; y c) que se debería dejar sin efecto lo actuado y comenzar una nueva compra (Dictamen S.C.L. (S.G.L.yT.) N.º 133/2022, a fojas 92 vta/96).

Lo cierto y concreto es que, a más de dos meses de la apertura de ofertas, aún no se dictó el acto administrativo que aprueba y adjudica.

Para mejor entender el caso en estudio, es necesario tener presentes otros dos datos: que el período escolar se inició en el mes de marzo, y que, con las clases, continuó la atención de necesidades alimentarias insatisfechas de una parte de la población en los establecimientos educativos, esto es que las prestaciones solicitadas ya se están dando y se reciben de conformidad en cada escuela.

Así las cosas, la Oficina Provincial de Contrataciones solicita al Tribunal de Cuentas el asesoramiento acerca de si es legalmente posible el dictado de un acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos.

En relación a ello y sin perjuicio de lo que debajo se profundiza, se sugiere al Plenario de Miembros considerar que:

1. El asunto que aquí está en juego es la satisfacción de ciertos mínimos existenciales de grupos vulnerados. Por ello resultan de aplicación directa normas de rango constitucional y la interpretación que de ellos ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Que la consecuencia de dar de baja el procedimiento e iniciar uno nuevo resultaría la decisión más gravosa para: i) los niños, niñas y adolescentes

que ya no tendrían copa de leche ni acceso a los comedores escolares; ii) los proveedores que están cumpliendo con lo que la Administración les requiere; iii) la Administración, que sería condenada al pago en un eventual reclamo judicial por las prestaciones que recibió.

3. Que el órgano rector de la Ley provincial N.º 1015 es la Oficina Provincial de Contrataciones. Dentro de sus competencias técnicas está la de 'dictar normas reglamentarias, aclaratorias, interpretativas y complementarias en la materia' (artículo 9, inciso c).

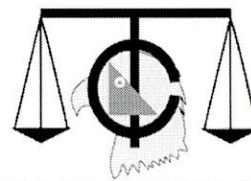
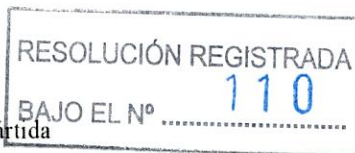
4. Tanto por la interpretación que la Oficina Provincial de Contrataciones como se desprende de todo el sistema jurídico del Derecho Administrativo provincial, la Ley provincial N.º 141 es de aplicación directa respecto de los actos administrativos que se dictan en los procedimientos de selección.

5. En la Ley provincial N.º 141 está prevista la posibilidad de dictar actos administrativos de alcance particular con efectos retroactivos. Esta alternativa es utilizada en numerosas ocasiones por el Poder Ejecutivo provincial, por ejemplo los decretos en los que se otorgan aumentos de salarios con efectos hacia el pasado.

Estas afirmaciones se sostienen en: a) la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 22 y 23); b) la Constitución Provincial (artículo 18); c) Ley provincial de Contrataciones (artículos 8, 9 inciso b), 18 inciso b), 32, 34, 35 y 37); d) Ley provincial N.º 141 (artículos 99 y 108); e) Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa 'Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo' (sentencia del 12 de abril de 2012, Fallos: 335:452), donde se sostuvo la centralidad de la persona humana y que en los casos en los que haya mínimos existenciales en juego debe modo distinto al establecido en el régimen general y que las normas administrativas deben subordinarse a la satisfacción de dichas necesidades en la medida que existan recursos; f) En la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en la causa 'Galego, Horacio Jorge c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/



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"

Recurso de Apelación' (Expediente N.º 446/1997, sentencia del 4 de febrero de 1999) en la que se trató, entre otros asuntos, la urgencia en el suministro de la copa de leche más allá del método de contratación y las condiciones que debe cumplir el control.

II. Acerca del régimen jurídico que debería regir el caso.

Tal y como está planteada la situación, frente a la necesidad alimentaria básica de un grupo vulnerable, el decisor administrativo tiene ante sí dos alternativas: una que le posibilita satisfacerla y otra que no, que la posterga en el tiempo.

Por un lado, el órgano rector de las contrataciones públicas, que llevó adelante todo el procedimiento de selección, emite un dictamen (N.º 48/2022, Letra: D.G.L.yA.-O.P.C., a fojas 82 vta./92) en el que se darían razones que justificarían el dictado de un acto administrativo con efectos retroactivos.

Por otro, el dictamen de la Secretaría Legal y Técnica sostiene que no es posible dictar actos administrativos con efectos retroactivos y por ello habría que desistir del procedimiento e iniciar uno nuevo. Para justificar su postura cita la opinión de profesores universitarios y en antecedentes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Sin perjuicio del respeto que merece la Secretaría de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica, podría entenderse que para este caso en particular resulta de aplicación directa el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esta norma le otorga rango constitucional, entre otros convenios internacionales, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; dicho acuerdo le impone a los Estados signatarios la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos. También con rango constitucional se reconoce a la Convención de los Derechos de los Niños; a partir de ella se establece el interés superior del niños, niñas y adolescentes como principio jurídico primordial.

A ello concurre que el inciso 23 del mismo artículo establece que es función del Congreso: ‘Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental’.

Al mismo tiempo debería considerarse operativo al artículo 18 de la Constitución Provincial, en el que se reconoce que los niños y niñas ‘tienen derecho a que el Estado Provincial, mediante su accionar preventivo y subsidiario, les garantice sus derechos, especialmente cuando se encuentren en situación desprotegida, carencial, de ejercicio abusivo de autoridad familiar, o bajo cualquier otra forma de discriminación’.

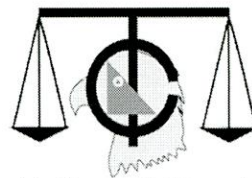
Por aplicación analógica de lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa ‘Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo’ (sentencia del 12 de abril de 2012, Fallos: 335:452) -en particular en el voto de la Dra. Argibay-, tengo para mí que frente al hambre de niños en edad escolar, los derechos, principios, valores e intereses reconocidos a nivel constitucional resultan vencedores en la ponderación contra formalidades procesales administrativas.

Ahora bien, profundizando en el estudio de la situación puede sostenerse que el sistema jurídico administrativo local arriba a la misma conclusión. Es de buena técnica jurídica, y hace a la solidez de los argumentos, que una vez que se acepta la aplicación de una regla, lo mismo ha de hacerse respecto de sus consecuencias jurídicas.

Si se acepta que la Ley provincial N° 1015 es la norma que establece régimen general de las contrataciones de bienes y servicios de la Administración Pública provincial, han de aceptarse también sus consecuencias.



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"

Por ejemplo, el artículo 8º dispone crear la 'Oficina Provincial de Contrataciones, quien será el órgano rector del sistema de compras y contrataciones, con carácter desconcentrado, que operará en el ámbito del Ministerio de Economía', y en el artículo 9º se establece que dentro de las funciones técnicas del órgano rector es la de (...) 'b) dictar normas reglamentarias, aclaratorias, interpretativas y complementarias en la materia'.

Si se considera que los dictámenes de la OPC incorporados a este expediente son interpretativos de la ley de contrataciones, entonces sus conclusiones serían vinculantes para todo el sector público provincial, incluida - por supuesto- la Secretaría General Legal y Técnica. Esa es una de las consecuencias jurídicas de lo dispuesto por el Legislador provincial y si la Secretaria de Coordinación se opone a ello, bien podría iniciar una acción de inconstitucionalidad en sede judicial.

Es claro que la Ley provincial N° 1015 es una ley especial, pero lo es respecto a los procedimientos de selección, no en relación al acto administrativo como instituto jurídico.

Hay sí, una única salvedad, hecha en el artículo 32, respecto del dictamen jurídico previo, que en nada se afecta la regulación sobre la estructura, caracteres, elementos esenciales y vicios, eficacia, impugnación, nulidades, extinción, etc. que la ley provincial N.º 141 dispone para el acto administrativo.

Dicho sea de paso, esa misma excepción es la que confirma que es la ley de procedimientos administrativos la que se aplica de modo directo a los actos administrativos que se dictan en las contrataciones públicas.

Puede verificarse que el último párrafo del artículo 32 dice: 'Lo dispuesto en la Ley provincial 141, artículo 99, inciso d) sólo procederá a requerimiento del área contratante, cuando exista una duda jurídica en el marco de las actuaciones y en el caso de impugnaciones o recursos'. Al hacer la salvedad sólo de dicho inciso, se reconoce la aplicación del resto de la norma.

Este camino nos lleva a realizar una precisión fundamental: el acto administrativo de adjudicación es un acto de alcance particular (aquellos actos destinados a personas individualmente identificadas o identificables), que alcanza eficacia directa e inmediata con su notificación y que se publica tanto por la obligación de difundir los actos de gobierno como por la manda del artículo 34 de la Ley provincial N.º 1015 .

Muy distinto es el régimen de los reglamentos, cuyo alcance es general e indeterminado y su condición de eficacia es la publicación en el Boletín Oficial. Este tipo de actos es el que fue analizado por la Procuración del Tesoro en las citas de la Secretaría de Coordinación Legal. Allí podría estar la causa de la confusión en el Dictamen de la Coordinación Legal de la Secretaría Legal y Técnica.

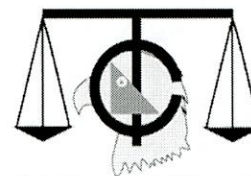
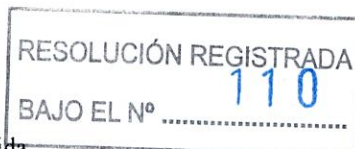
De esta distinción se derivan asuntos de singular importancia: por un lado, ha de tenerse presente -como lo señaló adecuadamente la O.P.C.- que el artículo 108 de la Ley provincial N.º 141 habilitaría el carácter retroactivo de los actos administrativos de alcance particular, siempre y cuando se den determinadas circunstancias (sobre este asunto se profundiza debajo). En el mismo sentido, sería posible acordar que esto no procedería en el caso de los reglamentos, mucho menos en los casos de la aplicación de las sanciones previstas en ellos.

Por otro, el principio de igualdad y la coherencia en el razonamiento, nos obligan a que siempre que se aplique una determinada consecuencia a un acto jurídico, debe aplicarse a todos los actos similares en todos los aspectos relevantes. De ahí se desprende que si fuese ilegítimo el acto administrativo de adjudicación por su carácter de retroactivo, también lo serían los decretos que reconocen aumentos salariales respecto de prestaciones laborales ya dadas.

Ahora bien, a propósito del artículo 108 de la Ley provincial N.º 141, allí se prevé: ‘El acto administrativo sólo podrá tener efectos retroactivos, y siempre que no se lesionaren derechos adquiridos, cuando: (...) e) se trataren de actos que favorecieren al particular y no produjeran daño alguno’. Es posible



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"

sostener razonablemente que los derechos adquiridos en este caso concreto son:

1º) los de los niños y niñas en estado de necesidad alimentaria que reciben la copa de leche; y 2º) los de los proveedores que cumplieron con todas las pautas del procedimiento de selección y están entregando alimentos en las escuelas.

Tengo para mí que sus derechos serían lesionados no con el dictado del acto de efectos retroactivos que se justificaría con el Dictamen N.º 48/2022 de la OPC, sino con la medida de dar de baja todo el procedimiento. Si la decisión fuese esta última, unos se quedan sin comida hasta que se concrete un nuevo procedimiento de selección y los otros sin los pagos por las prestaciones dadas (cuya consecuencia más probable serían los reclamos judiciales tendientes al pago).

De allí se infiere que si dictase el acto de adjudicación en las especialísimas circunstancias de este caso, se favorecería a los particulares involucrados y no se produciría daño alguno. Y no es el caso de considerar imaginarios perjuicios a terceros, pues se verifica en estas actuaciones que se cumplieron todas las etapas del procedimiento, incluida la difusión, sin impugnaciones ni reclamos.

III. CONCLUSIÓN

Este informe trató únicamente el asesoramiento solicitado: si dadas las especialísimas circunstancias de este caso, sería legalmente posible el dictado de un acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos. No se abordó ningún otro aspecto, ni se anticipó decisión alguna respecto del control de las actuaciones.

Hechas las aclaraciones del caso, como consecuencia del análisis realizado sería posible afirmar que tratándose de una contratación directa por urgencia, destinada a la satisfacción de mínimos existenciales de un grupo vulnerable, en la que resultan de aplicación directa normas de rango constitucional, habiéndose cumplido todas las etapas del proceso de selección sin impugnaciones ni reclamos, verificándose amplia concurrencia de oferentes,

que haya prestaciones que actualmente se estén cumpliendo, en el que se haya expedido la Oficina Provincial de Contrataciones interpretando la Ley provincial N.º 1015, podría dictarse el acto administrativo de adjudicación sin desmedro de la legalidad”.

Que a fs. 108/109 luce el Informe Legal N.º 110/2022 Letra: TCP-CL, por el que la Coordinadora de la Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE comparte los términos del Informe Legal que antecede, agregando de su parte lo siguiente:

“(…) II.- ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.

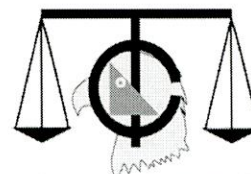
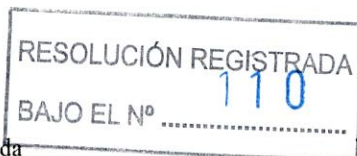
Sobre el particular, debe destacarse, que amén del análisis de los derechos de raigambre constitucional en juego y que fueran profusamente explicitados por el letrado dictaminante, en lo atinente al tramite procesal debe advertirse, como también señala el letrado, que contrariamente al análisis realizado por la Secretaría Legal y Técnica, la Ley de procedimientos administrativos es aplicable al régimen de contrataciones estatales, y en lo que hace al análisis el acto administrativo es la norma por antonomasia que se aplica en toda la Administración y en todas sus esferas.

Por otro lado, en lo relativo al procedimiento de contratación, como surge del detalle realizado por el Dr. GRASSO y de los antecedentes anudados a las actuaciones, se han cumplimentado con todas la etapas del procedimiento de contratación, Informe Legal justificando el encuadre normativo en contratación directa por urgencia, Nota de Pedido, autorizado, reserva presupuestaria, llamado, invitaciones a cotizar, difusión y emisión del acto de preadjudicación. Todo lo cual hace al cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones y permite a su vez tener por cumplidos los recaudos por posibles oposiciones de los otros oferentes o los autoexcluidos.

Es decir, no estamos ante un supuesto de cumplimiento de contraprestaciones sin haber cumplido previamente la Administración ningún procedimiento previo, lo que haría pasible de tachar de ilegal lo actuado y deber



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"

encuadrar el pago en un caso en un enriquecimiento sin causa, conforme la jurisprudencia de la Corte en 'Ingeniería Omega' entre otros.

Así lo único que se omitió fue la emisión temporánea del acto de adjudicación y ello se debió a cuestiones ajenas a la O.P.C., sino a ausencias en el ámbito de la Auditoría Interna, lo que habilita a efectuar una recomendación a fin de que se aseguren las subrogancias del caso para evitar este tipo de dilaciones.

A lo que cabe agregar que en el caso las cuatro firmas invitadas a cotizar resultarían adjudicatarias de diferentes renglones, por lo que tampoco podría advertirse una posible impugnación de estas firmas al acto que busca emitirse, sino justamente regularizar su situación, dado que han tenido que comenzar a cumplir con la contraprestación sin el acto de adjudicación correspondiente.

Estas cuestiones no resultan achacables a los oferentes, sino a la Administración, por lo que dejar sin efecto un procedimiento administrativo de compras en esta instancia, sumado al cumplimiento de la contraprestación que se entiende ya fue conformado, implica en los hechos colocar al Estado en la necesidad de afrontar reclamos indemnizatorios que, dados los antecedentes, serán muy posiblemente de favorable acogida en sede judicial. Sin perjuicio de la afectación de los derechos de los sujetos vulnerables implicados en la prestación del servicio de copa de leche.

Así las cosas, dadas las particulares circunstancias del caso, considerando las necesidades que debían satisfacerse, y el cumplimiento de las etapas procedimentales de la contratación y la demora no achacable a la O.P.C. ni a los contratistas, se entiende viable en este caso en particular la emisión de un acto administrativo con efectos retroactivos, dado que se cumplen los recaudos dispuestos en el artículo 108, inciso d) de la Ley provincial N.º 141 al efecto (...)"

Que este Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Legal N.º 109/2022 Letra: TCP-CA y del Informe Legal N.º 110/2022 Letra: TCP-CL, por lo que corresponde hacer saber sus conclusiones a la Directora de la Oficina Provincial de Contrataciones Dra. Tamara Yael ALBARRACÍN y al Subdirector de la Oficina Provincial de Contrataciones Dr. Emiliano FOSSATTO en función del asesoramiento solicitado; como así también notificar para su conocimiento al Gobernador de la Provincia Prof. Gustavo Adrián MELELLA, al Ministro de Finanzas Públicas C.P. Federico Martín ZAPATA GARCÍA y al Secretario General Legal y Técnico de la Provincia Dr. José Guillermo CAPDEVILA.

Que la presente se emite con el quorum previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N.º 50, en función de lo dispuesto en la Resolución Plenaria N.º 46/2022.

Que los suscriptos, se encuentran facultados para la emisión de la presente resolución, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2º inc. i), 27 subs. y cctds. de la Ley provincial N.º 50 y sus modificatorias; y la Resolución Plenaria N.º 102/2022.

Por ello:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal N.º 109/2022 Letra: TCP-CA y del Informe Legal N.º 110/2022 Letra: TCP-CL.

ARTÍCULO 2º.- Hacer saber a la Directora de la Oficina Provincial de Contrataciones Dra. Tamara Yael ALBARRACÍN y al Subdirector de la Oficina Provincial de Contrataciones Dr. Emiliano FOSSATTO, el análisis y las conclusiones del Informe Legal N.º 109/2022 Letra: TCP-CA y del Informe Legal N.º 110/2022 Letra: TCP-CL, en razón a la consulta formulada.

ARTÍCULO 3º.- Notificar con copia certificada de la presente y remisión de las actuaciones del Visto, a la Directora de la Oficina Provincial de Contrataciones



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"

Dra. Tamara Yael ALBARRACÍN; y al Subdirector de la Oficina Provincial de Contrataciones Dr. Emiliano FOSSATTO.

ARTÍCULO 4°.- Notificar con copia certificada de la presente al Gobernador de la Provincia Prof. Gustavo Adrián MELELLA, al Ministro de Finanzas Públicas C.P. Federico Martín ZAPATA GARCÍA y al Secretario General Legal y Técnico de la Provincia Dr. José Guillermo CAPDEVILA para su conocimiento.

ARTÍCULO 5°.- Notificar en este Organismo, a la Coordinadora de la Secretaría Legal Dra. María Julia DE LA FUENTE y por su intermedio al abogado dictaminante; y al Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS para su conocimiento.

ARTÍCULO 6°.- Registrar, publicar en el Boletín Oficial de la Provincia, cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N.º

110 /2022.

Guillermo Jorge Gonzalez
Abogado
MPCPAU 803 M.Fed T° 122 F°425

C.P.N. Juan Sebastián PANI
Fiscal Contador
PRESIDENTE
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 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Informe Legal N.º 109/2022

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

Cde: Expte. MFP-E-9208/2022

Ushuaia, 28 de abril de 2022

SEÑORA COORDINADORA LEGAL
DRA. MARÍA JULIA DE LA FUENTE

Viene a este Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, caratulado: *"ADQUISICIÓN DE INSUMOS ALIMENTARIOS DESTINADOS AL SERVICIO DE COPA DE LECHE DE INSTITUCIONES PERTENECIENTES AL M.E.C.C.Y T- MARZO, ABRIL Y MAYO PROVINCIAL"* iniciado por la Oficina Provincial de Contrataciones, solicitando asesoramiento en los términos del artículo 2º, inciso i), de la Ley provincial N.º 50.

I. ANTECEDENTES:

Mediante la Nota N.º 159/2022, Letra O.P.C., del 21 de abril de 2022 incorporada a fojas 97/99, la Oficina Provincial de Contrataciones solicitó asesoramiento al Tribunal de Cuentas en estos términos:

"Con fecha 21 de febrero de 2022 fue suscripta la Resolución M.F.P. N° 207/2022, autorizando el llamado de la Compra Directa N° 035/2022 RAF 103 por la que tramita la adquisición de insumos alimentarios destinados al servicio de Copa de Leche de las instituciones pertenecientes al Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, durante los meses de marzo, abril y mayo de 2021."

De esta manera, las presentes actuaciones involucran dos servicios que la administración presta y que resultan de carácter esencial, por un lado, la provisión de alimentos a niños y adolescentes en edad escolar y por otra, el servicio de educación.

Ahora bien resulta forzoso mencionar que, habiéndose tramitado el procedimiento, a los fines de dar cumplimiento con el control de auditoría interna, se remitieron las presentes actuaciones el día 16 de marzo al servicio de auditoría. Sin embargo, por cuestiones absolutamente ajenas a esta Oficina, que involucraron el cambio de Auditores que sucederían unos días después de haberse enviado el expediente a su revisión, conllevó una dilación que no pudo ser advertida ni prevista con anterioridad al inicio del procedimiento. No obstante, ese cambio ajeno a la Oficina, repercutió directamente sobre el procedimiento, generando el actual estado de extemporaneidad de la adjudicación.

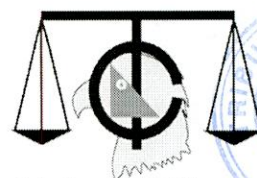
Sin embargo, a los fines de alcanzar una solución equilibrada que permita satisfacer razonablemente el interés público comprometido dentro del marco legal existente, esta Oficina Provincial de Contrataciones entiende procedente el dictado del pertinente acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos al mes de marzo, bajo las consideraciones que a continuación se realizan:

En este sentido, no resulta ocioso iniciar señalando que el acto administrativo que se propicia implica la aprobación del procedimiento de contratación y la adjudicación de las ofertas, tal lo expresamente previsto en el régimen de compras de la Provincia.

Es efecto, el acto que se pretende emitir se encuentra dentro del marco del artículo 32 inciso e) de la Ley Provincial 1015, cuyo texto reza: 'Artículo 32- Formalidades de la Actuaciones. Deberán realizarse mediante el



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"

dictado de acto administrativo como mínimo las siguientes actuaciones: ...e) aprobación del procedimiento de contratación y la adjudicación...'

Es decir, que por expresa indicación del Régimen de Compras de la Provincia lo que se pretende en definitiva es dictar un acto administrativo unilateral por cuyo conducto se apruebe y adjudique el procedimiento, pero para que ello suceda deberá previamente y bajo causal de nulidad cumplimentar los requisitos esenciales del acto administrativo, previstos en el artículo 99 de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 141.

Expresado lo anterior, cabe concluir que en el presente caso la Ley de Procedimientos Administrativos resulta de aplicación directa al acto administrativo que se pretende suscribir por parte del Sector Público Provincial.

A mayor abundamiento, vale recordar lo estipulado por el artículo 100 de la Ley N° 141 en cuanto expresamente señala: '...Los contratos que celebren las distintas dependencias de la Administración Pública Provincial, los permisos, autorizaciones y concesiones que otorgue, cualquiera fuera su especie, se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas referidas a los actos administrativos de la presente Ley, si ello fuera procedente...'

Establecida la aplicación directa de la ley de procedimientos administrativos a los actos administrativos unilaterales -como el que aquí se propicia- y toda vez que en el presente caso se pretende dotar al mismo de alcances retroactivos, una vez más, corresponde señalar que ni la regla de la irretroactividad de los efectos del acto administrativo ni sus excepciones vienen dadas, en sentido estricto, por el Régimen de Contrataciones de la Administración Provincial, sino por la Ley Provincial de Procedimientos Administrativos N° 141.

En este marco, el artículo 108 de la Ley N° 141 determina: ‘El acto administrativo sólo podrá tener efectos retroactivos, y siempre que no se lesionaren derechos adquiridos, cuando: a) Se dictare en sustitución de otro revocado; b) se dictare para sanear un acto anulable; c) se dictare para aprobar el acto sometido a condición suspensiva de aprobación; d) se trataren de actos declarativos, interpretativos o meramente aclaratorios; e) se trataren de actos que favorecieren al particular y no produjeran daño alguno; f) si así se dispusiere por ley de orden público’ (el subrayado no pertenece al original).

Así por aplicación directa de la Ley N° 141, el efecto normal de un acto administrativo nace para el futuro a partir de su notificación válida. Pero hay diversos supuestos en que puede válidamente producir efectos retroactivos.

Esta excepción, resulta factible cuando el acto favoreciera al administrado y no produzcan daños, a los fines de evitar perjuicios graves al administrado, ‘siempre que no se lesionaren derechos adquiridos’.

En este orden se entiende que el concepto de ‘derecho adquirido’ debe interpretárselo con amplitud, comprendiendo no solamente la situación que se produce con la adjudicación sino también abarcando la idea de ‘derecho a una situación’, de ‘derecho a ser juzgado de acuerdo a determinada norma’.

De esta manera, ninguna duda cabe que -en principio- el perfeccionamiento y efectos del contrato se produce a partir de la adjudicación, momento a partir del cual inicia el vínculo contractual entre el Estado y el proveedor. Sin embargo, muchas veces se incurre en el error de pensar que previo a la etapa de adjudicación, se carece de normas o reglas que obliguen a la Administración, cuando en realidad y como mínimo está obligado por las suyas propias.

En este sentido, el oferente de un procedimiento contractual tiene derecho a la regularidad del desarrollo de todo el procedimiento de selección, es decir, al respeto estricto de los principios y normas que rigen el accionar de la



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"

Administración, que resultan obligatorias para los oferentes y para la administración misma por el principio de confianza legítima y la razonable expectativa de los oferentes de que tales reglas habrán de ser respetadas y cumplidas por el organismo que llevó adelante el procedimiento.

Asimismo, cabe mencionar que si bien los gastos o expectativas en que pueda incurrir el oferente son riesgos propios del ámbito empresarial, por otro lado, tampoco puede desconocerse que en el obrar administrativo, el Estado necesita de bienes y servicios para satisfacer el interés público comprometido, debiendo para ello poder recurrir a los particulares como colaboradores que logren coadyuvar oportuna y convenientemente, al cumplimiento de las necesidades pública comprometidas, debiendo evitar la frustración o resentimiento del servicio así como evitar desalentar la participación y concurrencia de los proveedores a futuros procedimientos por descréditos de la Administración.

Por lo expuesto, se entiende que si bien la regla es la irretroactividad de los actos, el artículo 108 de la Ley N° 141 habilita la excepción de la retroactividad. Ello puede ocurrir por texto expreso del acto, cuando favorece al particular, no se lesionan derechos de terceros y hay sustento fáctico suficiente para dar validez en el pasado a lo que el acto resuelve, todos requisitos que se consideran presentes en el actual procedimiento.

En conclusión, dado el contexto en que se desarrolló el procedimiento, la necesidad crítica que se intenta cubrir, esto es, los insumos necesarios para todas las instituciones educativas de la Provincia para la normal prestación del servicio de Copa de Leche, y teniendo en cuenta la relación de confianza y colaboración mutua que debe existir entre la Administración y el administrado, y toda vez que no se advierte daño alguno que pudiera generarse, por el contrario, la situación analizada favorece a los

particulares que intervinieron en el procedimiento, considero factible la emisión del acto con efectos retroactivos.

Una opinión en contrario, no solo podría ocasionar el resentimiento de un servicio esencial como el que aquí se intenta cubrir, afectando derechos básicos de niños y adolescentes sino también empujaría al Estado Provincial a tener que igualmente satisfacer la necesidad pública pero a través de herramientas que el ordenamiento jurídico pretende evitar por encontrarse al margen de la ley, como la figura del legítimo abono o reconocimiento de gastos.

Finalmente, y sin perjuicio de la postura de esta Oficina Provincial de Contrataciones vertida en los párrafos precedentes, deviene insoslayable mencionar que a través del Dictamen S.C.L. (S.G.L. y T.) N° 133/2022, se expidió el Servicio Jurídico de la Secretaría General Legal y Técnica, quien en prieta síntesis no comparte los argumentos esgrimidos por esta Oficina, en cuanto a la excepción de retroactividad del acto administrativo porque no resultaría respetuosa de las características y exigencias particulares del sistema normativo integrado, considerando como improcedente el tipo de integración normativa para el caso concreto.

Manifestada la postura de la Oficina Provincial de Contrataciones y elvevada la consulta a los asesores externos de la oficina, se remite a su consideración (...)"

II. ANÁLISIS

II.1. Preliminar

Con el objetivo de proveer de alimentos a niños en situación de vulnerabilidad se llevó a cabo un procedimiento de selección de urgencia en los términos del artículo 18, inciso b), de la Ley provincial N.º 1015 y de la Resolución de la O.P.C. N.º 17/2021.



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

"2022 – 40º ANIVERSARIO DE LA GESTA HEROICA DE MALVINAS"

Puede verificarse en estas actuaciones que el Ministro de Finanzas Públicas autorizó el llamado a la compra directa por urgencia, aprobó el formulario de cotización e imputó preventivamente el crédito presupuestario mediante la Resolución MFP N° 207/2022 (a fojas 32).

Así mismo se constata que se realizó difusión de la contratación y se invitó a cotizar a CUATRO (4) empresas del ramo (fojas 35/37) y que la apertura de ofertas ocurrió el 22 febrero de 2022.

Al mes siguiente, el 15 de marzo, se labró el Acta de Preadjudicación y se adjuntó un detalle de ofertas por postulante a modo de cuadro comparativo (a fojas 58/64).

Una vez confeccionados el proyecto de acto administrativo y lista de control previa a la adjudicación, se remitió el expediente a la Auditoría Interna en dos ocasiones: el 16 de marzo de 2022 (a fojas 67) y 8 de abril de 2022 (a fojas 80).

El 11 de abril de 2022, el órgano de control interno tuvo por subsanadas las observaciones y consideró que, previa toma de conocimiento del Informe N.º 333/2022 U.A.I.-M.F.P. por parte de la Oficina Provincial de Contrataciones, se podía continuar el trámite (a fojas 80 vuelta).

Con esos elementos, la Oficina Provincial de Contrataciones (en adelante O.P.C.), el 8 de abril justificó y propició el dictado del Decreto de adjudicación con efectos retroactivos al mes de marzo (a fojas 83 vta./92) a través del Dictamen N.º 48/2022 D.G.L.yA.-O.P.C.

En la instancia del acto de adjudicación, el 13 de abril de 2022, la Secretaria de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica objetó el dictado del mismo considerando: a) que la Ley provincial N° 141 se

aplica sólo de manera analógica a los actos administrativos que se realizan en los procedimientos de contrataciones estatales; b) que en virtud de esa aplicación analógica, carecería de legalidad un decreto con efectos retroactivos; y c) que se debería dejar sin efecto lo actuado y comenzar una nueva compra (Dictamen S.C.L. (S.G.L.yT.) N.º 133/2022, a fojas 92 vta/96).

Lo cierto y concreto es que, a más de dos meses de la apertura de ofertas, aún no se dictó el acto administrativo que aprueba y adjudica.

Para mejor entender el caso en estudio, es necesario tener presentes otros dos datos: que el período escolar se inició en el mes de marzo, y que, con las clases, continuó la atención de necesidades alimentarias insatisfechas de una parte de la población en los establecimientos educativos, esto es que las prestaciones solicitadas ya se están dando y se reciben de conformidad en cada escuela.

Así las cosas, la Oficina Provincial de Contrataciones solicita al Tribunal de Cuentas el asesoramiento acerca de si es legalmente posible el dictado de un acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos.

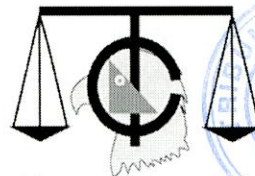
En relación a ello y sin perjuicio de lo que debajo se profundiza, se sugiere al Plenario de Miembros considerar que:

1. El asunto que aquí está en juego es la satisfacción de ciertos mínimos existenciales de grupos vulnerados. Por ello resultan de aplicación directa normas de rango constitucional y la interpretación que de ellos ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. Que la consecuencia de dar de baja el procedimiento e iniciar uno nuevo resultaría la decisión más gravosa para: i) los niños, niñas y adolescentes que ya no tendrían copa de leche ni acceso a los comedores escolares; ii) los proveedores que están cumpliendo con lo que la Administración



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"

les requiere; iii) la Administración, que sería condenada al pago en un eventual reclamo judicial por las prestaciones que recibió.

3. Que el órgano rector de la Ley provincial N.º 1015 es la Oficina Provincial de Contrataciones. Dentro de sus competencias técnicas está la de *"dictar normas reglamentarias, aclaratorias, interpretativas y complementarias en la materia"* (artículo 9, inciso c).

4. Tanto por la interpretación que la Oficina Provincial de Contrataciones como se desprende de todo el sistema jurídico del Derecho Administrativo provincial, la Ley provincial N.º 141 es de aplicación directa respecto de los actos administrativos que se dictan en los procedimientos de selección.

5. En la Ley provincial N.º 141 está prevista la posibilidad de dictar actos administrativos de alcance particular con efectos retroactivos. Esta alternativa es utilizada en numerosas ocasiones por el Poder Ejecutivo provincial, por ejemplo los decretos en los que se otorgan aumentos de salarios con efectos hacia el pasado.

Estas afirmaciones se sostienen en: a) la Constitución Nacional (artículo 75, incisos 22 y 23); b) la Constitución Provincial (artículo 18); c) Ley provincial de Contrataciones (artículos 8, 9 inciso b), 18 inciso b), 32, 34, 35 y 37); d) Ley provincial N.º 141 (artículos 99 y 108); e) Lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo" (sentencia del 12 de abril de 2012, Fallos: 335:452), donde se sostuvo la centralidad de la persona humana y que en los casos en los que haya mínimos existenciales en juego debe modo distinto al establecido en el régimen general y que las normas administrativas deben subordinarse a la satisfacción de dichas necesidades en la medida que existan

recursos; f) En la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en la causa “*Galego, Horacio Jorge c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Recurso de Apelación*” (Expediente N.º 446/1997, sentencia del 4 de febrero de 1999) en la que se trató, entre otros asuntos, la urgencia en el suministro de la copa de leche más allá del método de contratación y las condiciones que debe cumplir el control.

II. Acerca del régimen jurídico que debería regir el caso.

Tal y como está planteada la situación, frente a la necesidad alimentaria básica de un grupo vulnerable, el decisor administrativo tiene ante sí dos alternativas: una que le posibilita satisfacerla y otra que no, que la posterga en el tiempo.

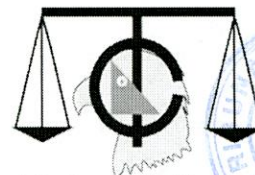
Por un lado, *el órgano rector de las contrataciones públicas*, que llevó adelante todo el procedimiento de selección, emite un dictamen (N.º 48/2022, Letra: D.G.L.yA.-O.P.C., a fojas 82 vta./92) en el que se darían razones que justificarían el dictado de un acto administrativo con efectos retroactivos.

Por otro, el dictamen de la Secretaría Legal y Técnica sostiene que no es posible dictar actos administrativos con efectos retroactivos y por ello habría que desistir del procedimiento e iniciar uno nuevo. Para justificar su postura cita la opinión de profesores universitarios y en antecedentes de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Sin perjuicio del respeto que merece la Secretaría de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica, podría entenderse que para este caso en particular resulta de aplicación directa el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esta norma le otorga rango constitucional, entre otros convenios internacionales, al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; dicho acuerdo le impone a los Estados signatarios la obligación de asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles mínimos y



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"

esenciales de cada uno de los derechos. También con rango constitucional se reconoce a la Convención de los Derechos de los Niños; a partir de ella se establece el interés superior del niños, niñas y adolescentes como principio jurídico primordial.

A ello concurre que el inciso 23 del mismo artículo establece que es función del Congreso: *"Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños (...) Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental"*.

Al mismo tiempo debería considerarse operativo al artículo 18 de la Constitución Provincial, en el que se reconoce que los niños y niñas *"tienen derecho a que el Estado Provincial, mediante su accionar preventivo y subsidiario, les garantice sus derechos, especialmente cuando se encuentren en situación desprotegida, carencial, de ejercicio abusivo de autoridad familiar, o bajo cualquier otra forma de discriminación"*.

Por aplicación analógica de lo resuelto por la Corte Suprema de la Nación en la causa *"Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo"* (sentencia del 12 de abril de 2012, Fallos: 335:452) -en particular en el voto de la Dra. Argibay-, tengo para mí que frente al hambre de niños en edad escolar, los derechos, principios, valores e intereses reconocidos a nivel constitucional resultan vencedores en la ponderación contra formalidades procesales administrativas.

Ahora bien, profundizando en el estudio de la situación puede sostenerse que el sistema jurídico administrativo local arriba a la misma conclusión. Es de buena técnica jurídica, y hace a la solidez de los argumentos, que una vez que se acepta la aplicación de una regla, lo mismo ha de hacerse respecto de sus consecuencias jurídicas.

Si se acepta que la Ley provincial N° 1015 es la norma que establece régimen general de las contrataciones de bienes y servicios de la Administración Pública provincial, han de aceptarse también sus consecuencias.

Por ejemplo, el artículo 8° dispone crear la *“Oficina Provincial de Contrataciones, quien será el órgano rector del sistema de compras y contrataciones, con carácter desconcentrado, que operará en el ámbito del Ministerio de Economía”*, y en el artículo 9° se establece que dentro de las funciones técnicas del órgano rector es la de (...) *“b) dictar normas reglamentarias, aclaratorias, interpretativas y complementarias en la materia”*.

Si se considera que los dictámenes de la OPC incorporados a este expediente son interpretativos de la ley de contrataciones, entonces sus conclusiones serían vinculantes para todo el sector público provincial, incluida - por supuesto- la Secretaría General Legal y Técnica. Esa es una de las consecuencias jurídicas de lo dispuesto por el Legislador provincial y si la Secretaría de Coordinación se opone a ello, bien podría iniciar una acción de inconstitucionalidad en sede judicial.

Es claro que la Ley provincial N° 1015 es una ley especial, pero lo es respecto a los procedimientos de selección, no en relación al acto administrativo como instituto jurídico.

Hay sí, una única salvedad, hecha en el artículo 32, respecto del dictamen jurídico previo, que en nada se afecta la regulación sobre la estructura,



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"

caracteres, elementos esenciales y vicios, eficacia, impugnación, nulidades, extinción, etc. que la ley provincial N.º 141 dispone para el acto administrativo.

Dicho sea de paso, esa misma excepción es la que confirma que es la ley de procedimientos administrativos la que se aplica de modo directo a los actos administrativos que se dictan en las contrataciones públicas.

Puede verificarse que el último párrafo del artículo 32 dice: *"Lo dispuesto en la Ley provincial 141, artículo 99, inciso d) sólo procederá a requerimiento del área contratante, cuando exista una duda jurídica en el marco de las actuaciones y en el caso de impugnaciones o recursos"*. Al hacer la salvedad sólo de dicho inciso, se reconoce la aplicación del resto de la norma.

Este camino nos lleva a realizar una precisión fundamental: el acto administrativo de adjudicación es un acto de alcance particular (aquellos actos destinados a personas individualmente identificadas o identificables), que alcanza eficacia directa e inmediata con su notificación y que se publica tanto por la obligación de difundir los actos de gobierno como por la manda del artículo 34 de la Ley provincial N.º 1015 .

Muy distinto es el régimen de los reglamentos, cuyo alcance es general e indeterminado y su condición de eficacia es la publicación en el Boletín Oficial. Este tipo de actos es el que fue analizado por la Procuración del Tesoro en las citas de la Secretaría de Coordinación Legal. Allí podría estar la causa de la confusión en el Dictamen de la Coordinación Legal de la Secretaría Legal y Técnica.

De esta distinción se derivan asuntos de singular importancia: por un lado, ha de tenerse presente -como lo señaló adecuadamente la O.P.C.- que el artículo 108 de la Ley provincial N.º 141 habilitaría el carácter retroactivo de los actos administrativos de alcance particular, siempre y cuando se den

determinadas circunstancias (sobre este asunto se profundiza debajo). En el mismo sentido, sería posible acordar que esto no procedería en el caso de los reglamentos, mucho menos en los casos de la aplicación de las sanciones previstas en ellos.

Por otro, el principio de igualdad y la coherencia en el razonamiento, nos obligan a que siempre que se aplique una determinada consecuencia a un acto jurídico, debe aplicarse a todos los actos similares en todos los aspectos relevantes. De ahí se desprende que si fuese ilegítimo el acto administrativo de adjudicación por su carácter de retroactivo, también lo serían los decretos que reconocen aumentos salariales respecto de prestaciones laborales ya dadas.

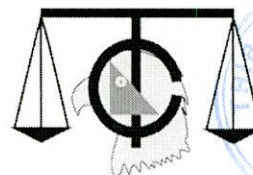
Ahora bien, a propósito del artículo 108 de la Ley provincial N.º 141, allí se prevé: *“El acto administrativo sólo podrá tener efectos retroactivos, y siempre que no se lesionaren derechos adquiridos, cuando: (...) e) se trataren de actos que favorecieren al particular y no produjeran daño alguno”*. Es posible sostener razonablemente que los derechos adquiridos en este caso concreto son: 1º) los de los niños y niñas en estado de necesidad alimentaria que reciben la copa de leche; y 2º) los de los proveedores que cumplieron con todas las pautas del procedimiento de selección y están entregando alimentos en las escuelas.

Tengo para mí que sus derechos serían lesionados no con el dictado del acto de efectos retroactivos que se justificaría con el Dictamen N.º 48/2022 de la OPC, sino con la medida de dar de baja todo el procedimiento. Si la decisión fuese esta última, unos se quedan sin comida hasta que se concrete un nuevo procedimiento de selección y los otros sin los pagos por las prestaciones dadas (cuya consecuencia más probable serían los reclamos judiciales tendientes al pago).

De allí se infiere que si dictase el acto de adjudicación en las especialísimas circunstancias de este caso, se favorecería a los particulares involucrados y no se produciría daño alguno. Y no es el caso de considerar



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"

imaginarios perjuicios a terceros, pues se verifica en estas actuaciones que se cumplieron todas las etapas del procedimiento, incluida la difusión, sin impugnaciones ni reclamos.

III. CONCLUSIÓN

Este informe trató únicamente el asesoramiento solicitado: si dadas las especialísimas circunstancias de este caso, sería legalmente posible el dictado de un acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos. No se abordó ningún otro aspecto, ni se anticipó decisión alguna respecto del control de las actuaciones.

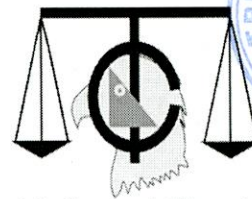
Hechas las aclaraciones del caso, como consecuencia del análisis realizado sería posible afirmar que tratándose de una contratación directa por urgencia, destinada a la satisfacción de mínimos existenciales de un grupo vulnerable, en la que resultan de aplicación directa normas de rango constitucional, habiéndose cumplido todas las etapas del proceso de selección sin impugnaciones ni reclamos, verificándose amplia concurrencia de oferentes, que haya prestaciones que actualmente se estén cumpliendo, en el que se haya expedido la Oficina Provincial de Contrataciones interpretando la Ley provincial N.º 1015, podría dictarse el acto administrativo de adjudicación sin desmedro de la legalidad.

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

Dr. Luis Miguel CRASO
Asesor
Médico en el 5 de 1944
Instituto de Medicina y Cirugía



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.º 110/ 2022.

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

Cde. Expte: 9208/2022.

Letra: M.F.P.

USHUAIA, 28 de abril de 2022.

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

I.- OBJETO.

Por medio del presente me dirijo a Ud. en el marco del Expediente del corresponde, caratulado: **"ADQUISICIÓN DE INSUMOS ALIMENTARIOS DESTINADOS AL SERVICIOS DE COPA DE LECHE DE INSTITUCIONES PERTENECIENTES AL M.E.C.C.yT. - MARZO, ABRIL Y MAYO - PROVINCIAL"**, haciéndole saber que comparto los términos del Informe Legal N.º 109/2022 Letra: T.C.P.-C.A. emitido por el Dr. Luis GRASSO, en relación con el pedido de asesoramiento realizado por la Oficina Provincial de Contrataciones respecto a la viabilidad jurídica de dictar un acto administrativo de adjudicación con efectos retroactivos.

II.- ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN.

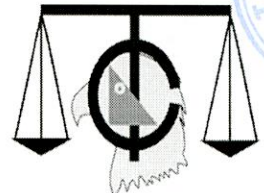
Sobre el particular, debe destacarse, que amén del análisis de los derechos de raigambre constitucional en juego y que fueran profusamente explicitados por el letrado dictaminante, en lo atinente al tramite procesal debe advertirse, como también señala el letrado, que contrariamente al análisis realizado por la Secretaría Legal y Técnica, la Ley de procedimientos administrativos es aplicable al régimen de contrataciones estatales, y en lo que hace al análisis el acto administrativo es la norma por antonomasia que se aplica en toda la Administración y en todas sus esferas.

Por otro lado, en lo relativo al procedimiento de contratación, como surge del detalle realizado por le Dr. GRASSO y de los antecedentes anudados a las actuaciones, se han cumplimentados con todas la etapas del procedimiento de contratación, Informe Legal justificando el encuadre normativo en contratación directa por urgencia, Nota de Pedido, autorizado, reserva presupuestaria, llamado, invitaciones a cotizar, difusión y emisión del acto de preadjudicación. Todo lo cual hace al cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones y permite a su vez tener por cumplidos los recaudos por posibles oposiciones de los otros oferentes o los autoexcluidos.

Es decir, no estamos ante un supuesto de cumplimiento de contraprestaciones sin haber cumplido previamente la Administración ningún procedimiento previo, lo que haría pasible de tachar de ilegal lo actuado y deber encuadrar el pago en un caso en un enriquecimiento sin causa, conforme la jurisprudencia de la Corte en "*Ingeniería Omega*" entre otros.



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"

Así lo único que se omitió fue la emisión temporánea del acto de adjudicación y ello se debió a cuestiones ajenas a la O.P.C., sino a ausencias en el ámbito de la Auditoría Interna, lo que habilita a efectuar una recomendación a fin de que se aseguren las subrogancias del caso para evitar este tipo de dilaciones.

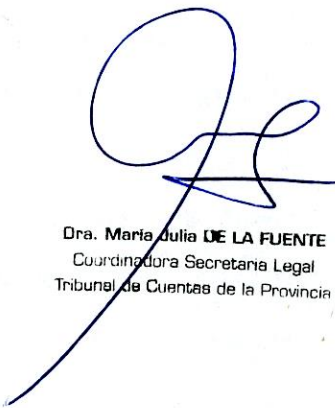
A lo que cabe agregar que en el caso las cuatro firmas invitadas a cotizar resultarían adjudicatarias de diferentes renglones, por lo que tampoco podría advertirse una posible impugnación de estas firmas al acto que busca emitirse, sino justamente regularizar su situación, dado que han tenido que comenzar a cumplir con la contraprestación sin el acto de adjudicación correspondiente.

Estas cuestiones no resultan achacables a los oferentes, sino a la Administración, por lo que dejar sin efecto un procedimiento administrativo de compras en esta instancia, sumado al cumplimiento de la contraprestación que se entiende ya fue conformado, implica en los hechos colocar al Estado en la necesidad de afrontar reclamos indemnizatorios que, dados los antecedentes, serán muy posiblemente de favorable acogida en sede judicial. Sin perjuicio de la afectación de los derechos de los sujetos vulnerables implicados en la prestación del servicio de copa de leche.

Así las cosas, dadas las particulares circunstancias del caso, considerando las necesidades que debían satisfacerse, y el cumplimiento de las etapas procedimentales de la contratación y la demora no achacable a la O.P.C. ni a los contratistas, se entiende viable en este caso en particular a emisión de un

acto administrativo con efectos retroactivos, dado que se cumplen los recaudos dispuestos en el artículo 108, inciso d) de la Ley provincial N.º 141 al efecto.

Elevo el presente a su consideración.



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