



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

USHUAIA, 15 JUL 2022

VISTO: el Expediente del Registro de este Tribunal de Cuentas N° 158/2022 Letra: TCP-SL, caratulado: "S/ ANÁLISIS RESOLUCIÓN MOySP N° 352/2022. REGISTRO NACIONAL DE CONSTRUCTORES DE OBRAS PÚBLICAS" y;

CONSIDERANDO:

Que el Expediente del Visto, se aperturó con motivo de la Nota Interna N° 1384/2022 Letra: TCP-AOP, por la que se solicitó la intervención de la Secretaría Legal a efectos de analizar la Resolución MOySP N° 352/2022, toda vez que deja sin efecto las Resoluciones MOySP N° 409/2020 y su rectificatoria N° 10/2021.

Que en consecuencia, tomó intervención la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas y mediante la emisión del Informe Legal N° 171/2022 Letra: TCP-CA, se detallaron en primer término los siguientes antecedentes: "(...) A fojas 3 obra la Resolución MOySP N° 352/2022, la que en su parte dispositiva establece: 'ARTÍCULO 1°.- Dejar sin efecto la Resolución M.O.yS.P. N.º 409/20 y Resolución M.O.yS.P. N.º 010/21 ello por los motivos expuestos en los considerandos. ARTÍCULO 2°.- Establecer que para las obras públicas que se ejecuten en el ámbito de la provincia sólo sera requisito indispensable acreditar la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas y la respectiva constancia que acredite su capacidad económico financiera de contratación cuando la especificidad técnica lo requiera; para lo cual el área técnica correspondiente será la encargada del análisis determinante; ello hasta tanto se apruebe el Registro Provincial de Constructores de Obras Públicas instrumentando el mecanismo de evaluación de las capacidades de la órbita del Ministerio de Obras y Servicios Públicos. ARTÍCULO 3°.- Comunicar, dar al Boletín Oficial de la Provincia y archivar'.

Para así decidir, la Titular del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO argumentó en los considerandos del acto: ‘Que, en la actualidad debido a los constantes incrementos en los costos de las construcciones, y las alzas constantes en los rubros respectivos, el Estado provincial debe contemplar esta situación a fin de garantizar la generación de empleo genuino y la participación de las pequeñas y medianas empresas constructoras que desarrollen su actividad en la provincia.

Que es de público y notorio conocimiento que la actividad de la construcción en general, tanto a nivel provincial como nacional se encuentra en una etapa de recuperación en busca de elevar los bajos niveles que registró en el año 2020 donde inclusive tuvo etapas de paralización y del 2021 donde comenzó a recuperarse; ante esta situación el Gobierno provincial debe apuntalar esta recuperación en razón a que dicha actividad es una premisa fundamental para la generación de empleo genuino.

Que se considera pertinente planificar un mecanismo que motive la participación y concurrencia de constructores a través de la liberación de la exigencia legal de la inscripción en el registro nacional’.

A raíz del dictado de la presente, el Auditor Fiscal de este Tribunal de Cuentas, C.P. Esteban Sebastián TOVARES, remitió al Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable, C.P. David BEHRENS la Nota Interna N.º 1384/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P., por la cual expresó: ‘Habiéndose tomado conocimiento de la publicación de la resolución de la referencia en el Boletín Oficial N.º 5119 del 26/05/2022, se solicita que por su intermedio se de intervención a la Secretaría Legal de este Tribunal de Cuentas a fin de que se analice la misma (...).

Cabe resaltar que, mediante Informe Legal N.º 68/2022 letra: TCP-CA, y en el marco del expediente Expte. N.º 73190/2021- MOSP caratulado ‘CONSTRUCCIÓN DEL DESTACAMENTO POLICIAL 350 – PUERTO ALMANZA’ la Secretaría legal ha concluido que: ‘Por todo lo expuesto, en razón de los hechos y circunstancias del caso, resulta destacar en primer lugar que la



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

obligatoriedad de la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas a los fines de acreditar la idoneidad moral, económica y técnica del sujeto aspirante a participar en las licitaciones de obras públicas, se encuentra regulada en el orden local a través de la Resolución MOySP N.º 409/20, que dispone que los únicos constructores que se encuentran exceptuados de acreditar la inscripción y presentar la constancia que acredite su capacidad financiera, son aquellos invitados a participar en obras públicas cuyo presupuesto oficial no supere el terminado en el Decreto provincial N.º 1174/2021 para las licitaciones privadas (...). Al respecto se indica que mediante el artículo 1º de la Resolución de la referencia se deja sin efecto la Resolución N.º 409/20 como así también su rectificatoria N.º 10/21. Quedando actualmente en criterio del área técnica el análisis respecto a la solicitud o no de la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas y la solicitud de la respectiva constancia que acredite su capacidad económica financiera, entendiéndose que ello resulta cuanto menos discrecional”.

Que una vez expuesto lo anterior, se efectuó el siguiente análisis: “En primer lugar, corresponde determinar la naturaleza jurídica de la Resolución MOySP N.º 352/2022, a los fines de determinar el tipo de acto del que se trata.

Para ello, es prudente recordar que por medio de la Resolución en estudio la Señora Ministro de Obras y Servicios Públicos eximió del requisito de inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas del artículo 13 de la Ley de Obras Públicas N.º 13.064, a todos los posibles constructores de obras públicas en el ámbito de la provincia, con excepción de aquellos casos en los cuales el área técnica disponga lo contrario.

Fundó su decisión, en la necesidad de garantizar la generación de empleo genuino y la participación de las pequeñas y medianas empresas constructoras que desarrollen su actividad en la provincia.

De los considerandos se desprende que la Ministro argumentó: ‘Que, en la actualidad debido a los constantes incrementos en los costos de las

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

construcciones, y las alzas constantes en los rubros respectivos, el Estado provincial debe contemplar esta situación a fin de garantizar la generación de empleo genuino y la participación de las pequeñas y medianas empresas constructoras que desarrollen su actividad en la provincia.

Que es de público y notorio conocimiento que la actividad de la construcción en general, tanto a nivel provincial como nacional se encuentra en una etapa de recuperación en busca de elevar los bajos niveles que registró en el año 2020 donde inclusive tuvo etapas de paralización y del 2021 donde comenzó a recuperarse; ante esta situación el Gobierno provincial debe apuntalar esta recuperación en razón a que dicha actividad es una premisa fundamental para la generación de empleo genuino.

Que se considera pertinente planificar un mecanismo que motive la participación y concurrencia de constructores a través de la liberación de la exigencia legal de la inscripción en el registro nacional’.

Entonces, en función a lo establecido en la parte dispositiva del acto bajo análisis, se puede mencionar que la Resolución MOySP N.º 352/2022 es de los denominados actos generales de carácter normativo o reglamentario, que es aquel: ‘(...) dirigido a sujetos indeterminados, sentando una norma y pretendiendo su inserción en el ordenamiento jurídico (...)’.

‘(...) la diferencia entre el carácter normativo, o no, del acto, sea que se parta de la noción genérica de acto general o, simplemente, de acto, deriva de la vocación de permanencia que exteriorice la voluntad administrativa. Mientras el acto general normativo, o directamente, acto normativo, se incorpora al ordenamiento como fuente permanente de juridicidad, el que no reúne esa condición se agota con su cumplimiento; el primero no se consume, pues, con su aplicación, el segundo, en cambio sí. De ahí entonces, que a este temperamento diferenciador se lo denomine consuntivo’ (COMADIRA, Julio R., ‘El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo’, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 19).



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

En consecuencia, por su vocación de permanencia un reglamento estará vigente hasta tanto sea derogado total o parcialmente y reemplazado por otro (v. artículo 157 de la Ley provincial N° 141).

Para ello, el artículo 153 de la Ley provincial de Procedimiento Administrativo N.º 141 dispone que: 'Los actos administrativos de alcance general y los reglamentos producirán efectos a partir de su publicación oficial y desde el día que en ellos se determine. Si no designan tiempo, producirán efectos después de los ocho (8) días, computados desde el siguiente al de su publicación oficial'.

De la lectura de los boletines oficiales surge que el acto ha sido publicado en el Boletín Oficial N° 5119 del 26 de mayo de 2022, en virtud de lo cual, por imperio de los artículos 104 y 153 de la Ley provincial N° 141 el mismo ha tomado eficacia y por consiguiente es productor de efectos jurídicos a partir del 3 de junio de 2022.

Resaltado ello, en orden a abordar el objeto propuesto, entiendo propicio detallar los antecedentes normativos que resultarían necesarios para determinar la juridicidad de la Resolución traída al análisis.

Entonces, en función de lo expuesto, corresponde verificar las atribuciones conferidas normativamente a la Ministro de Obras y Servicios Públicos, para analizar la legitimidad de la Resolución traída a análisis y, si la misma fue emitida dentro del marco de su competencia legal.

Para ello resulta conveniente traer aquello que fue objeto de análisis por este Organismo de Control mediante el Informe Legal N.º 68/2022, Letra: TCP-CA, por el cual se expuso: '(...) corresponde considerar lo establecido por el artículo 13 de la Ley de Obras Públicas N.º 13.064, en tanto dispone: 'Créase el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas, el que se regirá por el reglamento que deberá dictar el Poder Ejecutivo'.

Conforme a ello, se crea el Registro con el objeto de inscribir, categorizar y calificar a todas aquella personas físicas o jurídicas que pretendan acceder a la contratación de obras públicas nacionales.

Sin perjuicio de que, conforme las pautas que surgen del artículo 14 de la Ley de Provincialización N.º 23.775, el Decreto Nacional N.º 1724/93 que regula el Registro Nacional, no rige en el ámbito local, la cuestión relativa a la obligatoriedad de la inscripción, se encuentra regulada en el orden provincial.

Así, en primer lugar resulta dable mencionar que mediante el Decreto Provincial N.º 722/92, el entonces Gobernador de la Provincia delegó en el Ministro de Obras, Servicios Públicos y Vivienda, las facultades y atribuciones otorgadas por la Ley Nacional N.º 13.064, referidas al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, hasta tanto se cree un registro provincial.

A raíz de aquel Decreto Provincial, se dictaron las Resoluciones del actual Ministerio de Obras y Servicios Públicos N.º 64/2003 y N.º 48/2006, en virtud de las cuales se indicó que para las Obras Públicas que sean ejecutadas en la Provincia, cuyo presupuesto no exceda del límite que por ellas se establece, no sería requisito indispensable la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras públicas, ni la presentación del Certificado de Capacidad Técnico Financiera.

Acorde con ello, mediante la Resolución MOySP N.º 170/09, además de dejarse sin efecto la Resolución MOSySP N.º 48/2006, se estableció **de forma excepcional** que para las Obras ejecutadas en la provincia que no superen el monto allí indicado, tampoco sería requisito indispensable la acreditación de la registración con su correspondiente Certificado.

A continuación se dictaron las Resoluciones del Ministerio de Obras y Servicios Públicos en ese mismo sentido, tales como la N.º 222/2010, N.º 461/2011, N.º 760/2011, N.º 322/2016 y N.º 303/2017, todas ellas ampliando los montos de las obras por debajo de los cuales no sería requisito indispensable la inscripción en el correspondiente Registro.



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

Actualmente, la Resolución N.º 409/2020, rectificada por su par N.º 10/21, vigente a la fecha, mediante el artículo 2º, dispone: 'Establecer que para las Obras Públicas que se ejecuten en el ámbito de la Provincia, **cuyo monto sea inferior al fijado para Licitaciones Públicas**, según jurisdiccional vigente, y hasta tanto se apruebe el Registro Provincial de Constructores de Obras Públicas e instrumentado el mecanismo de evaluación de las capacidades de la órbita del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, no siendo requisito indispensable acreditar la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, ni la respectiva constancia que acredite su Capacidad Económica Financiera de Contratación Referencial hasta dicho monto' (lo destacado es propio)'.

Hasta allí entonces puede observarse que la modalidad adoptada por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, consistió en la implementación de un tope cuantitativo vinculado a un parámetro de referencia para liberar a ciertos constructores de una exigencia legal, intentando motivar la participación y concurrencia de pequeños y medianos oferentes locales.

Ahora bien, la Resolución MOySP N.º 352/2022 bajo análisis, libera de una exigencia legal obligatoria para la totalidad de las empresas que participen en obras públicas que se ejecuten en el ámbito de la provincia, lo cual representaría un exceso en las facultades atribuidas al Ministerio de Obras y Servicios Públicos, en el marco de lo dispuesto por el Decreto provincial N.º 722/1992, por el cual se establece: 'DELEGAR en el Señor Ministro de Obras, Servicios Públicos y Vivienda, las facultades y atribuciones establecidas por la legislación nacional y sus reglamentaciones, del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas, hasta tanto se cree el mismo en esta Jurisdicción Provincial y para las Obras Públicas que se ejecuten en la provincia'.

Sobre este punto, es dable destacar que nuestra Constitución Provincial establece que: 'Artículo 135.- El Gobernador es el jefe de la

Administración del Estado Provincial y tiene las siguientes atribuciones y deberes: (...) 3.- Expedir instrucciones, decretos y reglamentos necesarios para poner en ejercicio las leyes de la Provincia, no pudiendo alterar su espíritu por medio de excepciones reglamentarias’.

Ello, resulta concordante con el artículo 99 de la Constitución Nacional, en tanto dispone: ‘El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias’.

En ese sentido, la reglamentación de una Ley contempla aquellos pormenores para ponerlas en ejecución, integrando la ley al sistema completo para su cumplimiento y efectividad de sus objetivos.

En materia de facultades reglamentarias y sus límites, tiene dicha la Jurisprudencia que: ‘No le es lícito al Poder Ejecutivo, so pretexto de las facultades reglamentarias que le concede el art. 86 inciso 2° de la Constitución sustituir al legislador y por la supuesta vía reglamentaria dictar, en rigor, la ley previa que requiere la garantía constitucional del artículo 18°, pero más allá de dicho supuesto no puede juzgarse inválido, en principio el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida (CS Noviembre 17 1988 ‘Verónica SRL s/ Apelación Ley 20680’).

En ese sentido, la función que cumple un reglamento es el de complementar la ley, en la medida en que sea necesario para lograr su aplicación, pero no conlleva la interpretación de los contenidos legislativos. Los reglamentos, necesariamente deben subordinarse al contenido de la Ley desde el punto de vista jerárquico como sustancial y, en ese orden, no les está dado introducir normas o principios que se desprenden natural y lógicamente de sus disposiciones, ampliar o restringir el sentido de ley, como tampoco suprimir ni



RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL N° 178



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

modificar principios generales, pues excedería sus competencias e invadiría las asignadas al legislador.

En relación a las potestades reglamentarias, destacada doctrina sostiene que: 'En nuestra realidad administrativa los reglamentos son la 'fuente de derecho administrativo' de mayor extensión: Lo entrecomillamos porque son la mayor fuente normativa del funcionamiento real del aparato administrativo, pero la más frecuentemente antijurídica. (...) Se ha podido decir que es la fuente cuantitativamente más importante del derecho administrativo' (https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf).

En ese sentido, con el objeto de evitar la antijuridicidad, la potestad reglamentaria no es ilimitada, y se encuentra circunscripta a una serie de limitaciones de orden formal y material. Formal porque deben aprobarse respetando los procedimientos previstos legalmente para su confección y promulgación y materiales, los cuales están vinculados a los principios de legalidad y jerarquía normativa, ya que la Administración no puede dictar disposiciones reglamentarias contrarias a las normas o leyes, por que vulneraría los principios de legalidad y de jerarquía normativa, toda vez que la disposición de rango inferior (reglamento) debe respetar y ajustarse en todo caso y de forma obligatoria a aquellas de rango superior (leyes).

Ahora bien, sin perjuicio de las facultades y atribuciones delegadas en cabeza de la Ministro por Decreto provincial N.º 722/92 para reglamentar las cuestiones relativas al Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas para la provincia, no podría considerarse que tales atribuciones la autorizan a eliminar una exigencia legal, dejando librado ello a una cuestión netamente discrecional, cuando el fin último de la inscripción en dicho Registro es objetivo y tendiente a verificar la capacidad técnica y económica de las empresas.

En concordancia con lo hasta aquí expuesto, entiendo necesario traer a consideración cuál es el objeto del Registro de Constructores de Obras Públicas, creado por artículo 13 de la Ley de Obras Públicas N.º 13.064, el que

consiste en inscribir, categorizar y calificar a todas aquellas personas físicas o jurídicas que pretendan acceder a la contratación de obras públicas.

De acuerdo con lo indicado en la mencionada Ley, podrán ser contratistas del Estado todas las personas físicas y jurídicas que tengan plena capacidad de obrar, acrediten su capacidad civil para obligarse y además se encuentren inscriptas en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

En ese sentido, la doctrina coincide en afirmar que la inscripción en el Registro es una condición de habilitación y/o legitimación y/o acreditación de idoneidad moral, económica y técnica del sujeto aspirante a participar en obras públicas, por lo que de la inexistencia de la inscripción se deriva para la Administración, la prohibición de contratación con el no inscripto, so pena de declaración de nulidad del acto de adjudicación y del contrato.

Así, Marienhoff afirma que la mera inscripción de una persona o entidad en el registro acredita su idoneidad moral, económica y técnica y que asimismo reúne las condiciones necesarias para ser cocotrantes del Estado. El autor considera que, una vez efectuada la inscripción, los sujetos habilitados se encuentran en un plano de igualdad en relación con su capacidad moral, técnica y financiera (MARIENHOFF, M.S., 'Tratado de Derecho Administrativo-Tomo III A', Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978, t. III, p. 165 y ss).

Por su parte, Barra considera que el Registro posee otras funciones importantes como las tareas de investigación, información y control que ejerce sobre los inscriptos o aquellos que solicitan la inscripción. Así se cumple una tarea de información y relevamiento de datos en relación con los interesados – posibles contratistas de la Administración- y que permite contar con un conocimiento acabado de las potencialidades del sector; información que resulta de mucha utilidad a la hora de decidir acerca de la ejecución de una determinada obra pública (BARRA, R.C., 'Contrato de Obra Pública', Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1968, t.II, p. 556).



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

Resulta interesante considerar la postura de Escola, quien en una posición crítica al registro, advierte que los procesos registrales de proveedores o contratistas del Estado que por lo común existen, son deficientes, puesto que la inscripción en ellos es relativamente sencilla. Para este autor, el valor de los registros radica en el hecho de que la Administración Pública pueda excluir de ellos a las personas o empresas que han incurrido en violaciones o incumplimientos al contrato, o demostrado en los hechos su incapacidad para contratar.

En el mismo sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación, sostuvo que la inscripción: '(...) no sólo persigue como fin el de obtener en beneficio del interés público el mayor número de inscriptos, a efectos de lograr mejores condiciones generales en las contrataciones, aparte de una mayor concurrencia en las licitaciones y, por ende, mayor ventaja en los precios, sino que también tiene como objeto esencial conseguir que los futuros proveedores del Estado tengan, en forma permanente, la máxima responsabilidad y solvencia moral y material' (Dictámenes 84:138).

Por último, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que la inscripción en el Registro de Proveedores: '(...) supone haber acreditado requisitos de idoneidad moral, económica y técnica, y otorga el derecho a un trato igualitario respecto de los restantes inscriptos (...)' (Corte Sup., 27/2/1986, 'Zubdesa SAIFI v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires', Fallos 308:191; LL 1987-B.587; ED 118-363).

En cuanto al Registro Nacional de Constructores y Firms Consultoras de Obras Públicas, creado por Decreto Nacional N.º 1724/93, resta agregar que se trata de un proceso de inscripción completamente digital, mediante la presentación de un formulario en donde se consignan los datos registrales y fiscales de las personas físicas o jurídicas que deban inscribirse.

Entre la documentación a presentar se requiere informar los últimos cinco balances, los que deben estar debidamente auditados, firmados y sellados

por el Contador Público y el Titular de la empresa y ser legalizados por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas. Para los casos que la empresa por su antigüedad no tenga cinco ejercicios cerrados, deberán remitir todos sus balances.

Luego se deben acreditar los antecedentes y datos básicos como el domicilio, información societaria o comercial e información de los propietarios de la firma. Según el tipo societario del interesado, los datos que se requerirán serán específicos.

De todo ello puede advertirse que el fin último de dicho Registro es ser una suerte de garantía para la Administración, que debe orientar el gasto público para la ejecución de obras con contratistas que se encuentren en condiciones técnicas y financieras para llevar a cabo los mismos.

Esta nueva Resolución indica que será necesaria la inscripción sólo: ‘(...) cuando la especificidad técnica lo requiera, para lo cual el área técnica correspondiente será la encargada del análisis determinante (...)’.

La Resolución aquí analizada se centró en fomentar la participación de pequeños y medianas empresas cuando ese fin no se vincula con la regulación del Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas que en realidad tiende a la realización de las obras públicas, lo que requiere necesariamente que previo a ello se tengan garantías que verifiquen que la empresa en cuestión esté en condiciones de ejecutarla.

Dicho lo anterior, entiendo que el artículo 2º de la Resolución MOySP N.º 352/2022, posee vicios en sus elementos competencia y objeto.

En ese sentido, en primer lugar es importante señalar dos conceptos fundamentales como son el principio de legalidad y el de competencia.

En primer lugar, resulta destacar que en el Derecho Público rige el principio de legalidad que ‘implica que la administración debe actuar de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente (leyes, reglamentos, principios generales)’ (Acuerdo Plenario 1592, del 4 de marzo de 2008).



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

En cuanto a la competencia, ésta se ha definido como 'el grado de aptitud que la norma confiere a un órgano administrativo para el ejercicio de sus funciones' (HUTCHINSON, Tomás, 'Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur', Ed. Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997, pág. 53).

Esto quiere decir que la competencia determina ciertos límites dentro de los cuales pueden actuar las personas públicas o sus órganos. Así, para que un funcionario, titular de un órgano de la Administración, pueda realizar válidamente una determinada actividad, necesita que esa acción esté dentro del conjunto de atribuciones que le fueron otorgadas.

Por su parte, cabe destacar que las normas que establecen la competencia de un órgano son de orden público, puesto que son sancionadas para satisfacer un interés general y no pueden ser modificadas o alteradas por voluntad del funcionario involucrado, de ahí que un órgano no puede atribuirse competencias a sí mismo (artículo 3° de la Ley provincial N.º 141).

Hay que resaltar que el Tribunal de Cuentas ha tomado su postura en cuanto a la competencia mediante la Resolución Plenaria N.º 68/2020, en la cual sostuvo que: '(...) consideramos necesario recordar lo expuesto por la Doctrina, en cuanto al alcance de la competencia de los organismos administrativos.

'A modo de síntesis podemos decir que el alcance de la competencia de un órgano o ente estatal se debe determinar, en nuestra opinión, sobre la base de los siguientes elementos: en primer lugar, el texto expreso de la norma que la regule; en segundo, el contenido razonablemente implícito, inferible de ese texto expreso y, en tercer término, los poderes inherentes derivables de la naturaleza o esencia del órgano o ente de que se trate, interpretados, los dos últimos elementos, a la luz de la especialidad' (Julio Rodolfo COMADIRA y Laura MONTI -colaboradora-, El Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2011, pág. 27)'.


De esta manera, queda claro que la competencia está caracterizada por: 1) que esa cuota de poder se refiere al órgano administrativo y no a la persona que ocupa el cargo; 2) que el ejercicio de las atribuciones otorgadas es obligatorio; 3) que no se puede renunciar ni prorrogar; y 4) que no se puede cambiar si no es por una norma de igual jerarquía.

En este sentido se tiene dicho que 'Por el principio del paralelismo de las formas y de las competencias, la competencia atribuida al órgano sólo puede modificarse o dejarse sin efecto por una norma de igual jerarquía y procedencia que aquella por la cual se le concedió. La CSJN ha sostenido que la competencia de los órganos administrativos se pierde cuando una ley así lo determina o ello resulta de la aplicación de una norma que lo implique' (Resolución Plenaria N.º 221/2018, que aprobó e hizo propio el Informe Legal N.º 129/2018, Letra TCP-SL).

Ahora bien, es claro que el propio órgano no puede modificar la competencia que tiene asignada, en este caso por delegación, mediante libres interpretaciones que resultan en excesos reglamentarios, como en el caso traído a consideración.

Además, cabe destacar que en el marco de la delegación de las competencias, éste Tribunal de Cuentas Tiene dicho que: '(...) el artículo 3º de la Ley 141 establece: la competencia es irrenunciable e improrrogable. Cuando la avocación o la delegación fueren procedentes el acto dictado en su mérito será válido. La avocación será procedente mientras la competencia no haya sido asignada al órgano inferior en mérito a una idoneidad especialmente reconocida. La avocación no procede respecto de las entidades autárquicas'

En el comentario al citado artículo, nos enseña el Dr. Hutchinson: 'La Delegación consiste en un acto jurídico por el cual un órgano transfiere a otro el ejercicio de la competencia que le fuera atribuida. Debe ser expresa y contener el acto de delegación una clara y concreta enunciación de las atribuciones que comprende la transferencia. Para que sea procedente se requiere una norma



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

expresa (que no tiene necesariamente que ser una ley) general o especial que la autorice'.

'La delegación tendrá eficacia desde su publicación en el Boletín Oficial si es general, o desde su notificación si es particular. **En materia de delegación la interpretación debe ser restrictiva, dado que es un instituto excepcional**'. (Procedimiento Administrativo de la Pcia. de Tierra del Fuego A.E.I.A.S. Tomás Hutchinson, pág. 54/56. Ed. Emprendimientos Fueguinos)' (el destacado me pertenece).

Así las cosas, cabe concluir que la Ministro de Obras y Servicios Públicos actuó en un exceso traspasando los límites de la competencia que le fue delegada, al circunscribir en exceso el principio general que impone la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Nacional de Constructores de Obras Públicas.

En efecto, la Ministro sólo puede actuar dentro de los límites impuestos por la delegación efectuada a través del Decreto provincial N.º 722/93, no debiendo la Administración apelar a interpretaciones ampliatorias o modificatorias de los términos allí dispuestos, pues de otro modo no sólo se estaría tergiversando el sustento fáctico de la decisión sino que también se estaría violentando el conjunto de normas (legales y reglamentarias) que delimitan la esfera de actuación del Ministerio, conformando el bloque de legalidad dentro del cual debe limitar su obrar.

Así las cosas, la obligatoriedad de la inscripción y su fin último, que tiende a verificar la capacidad técnica financiera de las Empresas constructoras, quedó desvirtuada a partir de la reglamentación bajo análisis, la que sólo exige dicha inscripción 'cuando la especificidad técnica lo requiera', lo cual no se condice con el objeto de dicho registro, y deja el tema demasiado librado a la discrecionalidad.

[Firma manuscrita]

Ahora bien, la Resolución bajo análisis, no sólo se encuentra afectada en su elemento competencia, sino también en lo que se refiere a su objeto y finalidad.

Al respecto, vale destacar que el objeto lícito y posible, física y jurídicamente del acto administrativo, también es un requisito esencial, sin el cual el acto no podría producir sus efectos normales.

El objeto es lo que el acto decide, certifica u opina, es la medida efectivamente dispuesta por la Administración.

Así, la doctrina sostiene con relación al objeto: 'Para la ley el objeto del acto pueden ser hechos o cosas, bajo dos condiciones: a) que se trate de cosas o hechos posibles. Surge de la norma al decir que deben ser física y jurídicamente posibles, lo cual es lógico pues las cosas o hechos imposibles de realizarse no pueden ser válidamente el objeto de los actos administrativos. La imposibilidad puede ser física o material cuando se trate de cosas o hechos que no pueden físicamente existir o realizarse y jurídica cuando se trate de cosas o hechos que si bien pueden materialmente existir o realizarse ello el legalmente imposible y b) que sea cierto. Es decir que las cosas y los hechos para poder ser objeto de un acto jurídico administrativo deben ser determinados, es decir no estar enunciados de forma vaga e ilusoria. De lo contrario se introduciría toda clase de inseguridad jurídica' (HUTCHINSON, T., 'Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur', Ed. Emprendimientos Fueguinos, Río Grande, 1997, p. 213).

En el caso, la Administración resolvió algo que va en contraposición a lo determinado en el art. 13 de la Ley de Obras Públicas N.º 13.064, que dispone la creación del registro 'a los efectos de la calificación y capacitación de las empresas', este es el fin del mismo y no propender a la generación de empleo genuino ni la participación de pequeñas y medianas empresas, a costa de la inseguridad jurídica que es para el Estado contratar obras sin saber si la



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

contratista tienen capacidad técnica y económica para hacer frente a las mismas.

En ese andarivel, el artículo 99, inciso f) de la Ley provincial N.º 141, indica que es requisito esencial del acto administrativo: 'f) cumplir con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad'.

En relación a ello, la doctrina tiene dicho que: 'Los fines del acto son los objetivos, los bienes jurídicos que el acto tiende a preservar con su emisión. La finalidad es algo a ser alcanzado por el acto, un dato que se tuvo en cuenta al dictarlo (...)'. (HUTCHINSON, Tomás, 'Procedimiento Administrativo de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e islas del Atlántico Sur', Ed. Emprendimientos Fueguinos, Ushuaia, 1997, pág. 215).

Por su parte los considerandos de la Resolución atacada, en cuanto señalan que la regulación es 'a fin de garantizar la generación de empleo genuino y la participación de las pequeñas y mediana empresas constructoras que desarrollan su actividad en la provincia', denota un vicio en su elemento finalidad, toda vez que la finalidad del Registro es la 'calificación y capacitación de las empresas, el que se regirá por el reglamento que deberá dictar el Poder Ejecutivo', así el reglamento que dicte el Poder Ejecutivo debe propender a esos fines, que no guardan relación con la finalidad señalada en los considerandos de la Resolución MOySP N.º 352/2022.

Todo lo cual deja a las claras que la Resolución MOySP N.º 352/2022 posee vicios en sus elementos objeto y finalidad, dado que son contrarios a la Ley que dicha norma viene a reglamentar, lo que la torna nula de nulidad absoluta.

De este modo, el objeto de la Resolución deviene ilícito en tanto es contrario al Decreto Provincial N.º 722/92 que delegó las facultades

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

reglamentarias al Ministro de Obras y Servicios Públicos, ya que se excede de la competencia que le fue delegada e incurre en un exceso reglamentario al ser contrario al artículo 13 de la Ley de Obras públicas N.º 13.064, y a su vez distorsiona el fin para el que fue creado el Registro y a la larga es un riesgo para la Administración, y la correcta ejecución del gasto público, cuyo control se encuentra en cabeza del Tribunal de Cuentas. Como se dijo, con el Registro hay mayores garantías para el Estado en la ejecución de gasto público, en adjudicar obras a empresas que acreditarán su solvencia técnica y económica para ello.

En consecuencia, el artículo 2º de la Resolución MOySP N° 352/2022 poseería un vicio en sus elementos esenciales (artículo 99 inciso a, c, y f de la Ley provincial N° 141), que provocaría su nulidad absoluta (artículo 110 inciso a) y b), Ley N° 141) y debería ser observada por este Tribunal, requiriendo su derogación en sede administrativa (artículo 157 Ley provincial N° 141).

Ahora, en relación a las observaciones que se entienden pertinentes sean formuladas por el Cuerpo Plenario y su alcance, esta Secretaría afirmó en el Informe Legal N° 144/2018, Letra: T.C.P.-C.A., aprobado por la Resolución Plenaria N° 8/2019 que: '(...) Primeramente, se advierte que la potestad de observar legalmente de este Órgano de Contralor tiene origen constitucional, ya que el artículo 166, inciso 2º de la Carta Magna Provincial, expresa que: 'ARTÍCULO 166.- Son atribuciones del Tribunal de Cuentas: (...) 2. Intervenir preventivamente en los actos administrativos que dispongan gastos, con excepción de los municipales, en la forma y con los alcances que establezca la ley. En caso de observación, dichos actos sólo podrán cumplirse cuando haya insistencia del poder del Estado al que corresponda el gasto. De mantener la observación, en el plazo de quince días el Tribunal pondrá a disposición de la Legislatura los antecedentes del caso, dándose a publicidad los términos de la misma y los fundamentos de la insistencia; (...)´.



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

En la misma línea, la Ley provincial N° 50 prevé en el artículo 4º, inciso b) la atribución asignada al Tribunal de Cuentas para observar legalmente, en el marco del control preventivo, los actos administrativos que transgredan disposiciones legales o reglamentarias, siempre que aquellos tengan por objeto la disposición de fondos públicos, la inversión de fondos, la percepción de caudales públicos o las operaciones financiero patrimoniales del Estado.

A su vez, el capítulo VIII DE LAS OBSERVACIONES de dicha Ley se destina a esclarecer el efecto de una observación legal, previendo que es la suspensión de la ejecución de acto en todo o en la parte observada y el procedimiento a seguir, ya que el titular del poder o ente sujeto a control podrá insistir en el cumplimiento del acto observado, asumiendo la responsabilidad exclusiva por ello (v. en particular el artículo 30) (...).

(...) la Resolución en crisis se encuentra vigente y está siendo aplicada, tomándose estéril la insistencia, toda vez que: 'el efecto jurídico de la observación es suspender los efectos del acto. Si la Administración comparte lo decidido por el Tribunal, resuelve el retiro del acto, es decir, lo deja sin efecto. (...) ' (SESIN, Domingo J, 'El Derecho Administrativo en reflexión', Editorial RAP, págs. 504/505).

Que conforme el criterio expuesto, el objeto de las observaciones es suspender la ejecución de los actos y, por otro lado, la insistencia resulta ser la herramienta con que cuenta la Administración para ejecutar el mismo bajo su exclusiva responsabilidad. Va de suyo entonces que cuando el acto ya se encuentra ejecutado o, en el caso de actos normativos, aplicado, el trámite de la insistencia no resulta procedente (...).

En ese andarivel, atento a lo consultado en el Informe Contable N° 200/2018, Letra: T.C.P. - P.E., la observación formulada en la Resolución Plenaria N° 204/2015 a la RCG N° 17/2013, no afectaría su condición de vigencia, tal como ha sido sostenido por la Contaduría General (fs. 207), hasta

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

tanto sea derogado en su totalidad o en parte y reemplazado por otro acto reglamentario emanado de autoridad competente. A su vez, el efecto de una observación legal ha sido determinado por la propia Ley provincial N° 50 en el capítulo VIII DE LAS OBSERVACIONES, antes referido.

Lo expuesto en relación con la vigencia, sin embargo, no obsta a que una vez formulada la observación legal al reglamento, en los casos de actos administrativos de alcance particular en los que se aplique dicha normativa, este Órgano de Control deba efectuar la observación legal respectiva’.

Asimismo, prestigiosa Doctrina ha referido: ‘(...) mediante la ‘observación’ el ente de contralor presiona a los órganos estatales o paraestatales dotados de poder de decisión para que encuadren su accionar en el marco estricto que el orden jurídico -pauta cultural para la convivencia pacífica- (Horacio Daniel, ROSATTI, ‘La Observación Legal: como instrumento de control de la hacienda pública’, Tomo 8, Ed. El Derecho, Buenos Aires, págs. 741/742).

Por último, en la Resolución Plenaria N° 204/2015 se dijo: ‘Que conforme al criterio expuesto, el objeto de las observaciones es suspender la ejecución de los actos y, por otro lado, la insistencia resulta ser la herramienta con que cuenta la Administración para ejecutar el mismo bajo su exclusiva responsabilidad. Va de suyo entonces que cuando el acto ya se encuentra ejecutado o, en el caso de los actos normativos, aplicado, el trámite de la insistencia no resulta procedente.

Que así las cosas la cuestión debe ser puesta en conocimiento del otro Órgano de Control Externo a nivel provincial con competencia para accionar en contra de la ilegalidad del reglamento emitido por el IPAUSS, en función de lo dispuesto en la Ley Provincial N° 3, por cuyo artículo 1° dispone: ‘PRINCIPIOS GENERALES: De acuerdo con las funciones que la Constitución de la Provincia le atribuye, corresponderá al Fiscal de Estado:...



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

d) controlar la legalidad de la actividad del Estado y la de sus funcionarios y agentes, en cuanto obraren en el cumplimiento de sus funciones o invocando a aquél, **a fin de asegurar el imperio de la Constitución y el cumplimiento de las leyes, y demás normas dictadas en su consecuencia;**

e) accionar judicial o administrativamente, por inconstitucionalidad de leyes, decretos, **resoluciones** y demás actos administrativos o legislativos **contrarios a las prescripciones de la Constitución y alegar la nulidad de los mismos'** (lo resaltado no es del original).

Que sobre la función de control de la legalidad de la actividad administrativa estatal por parte de la Fiscalía de Estado se ha indicado: 'Se trata de un control objetivo de legalidad o, mejor dicho, de juridicidad, que tiene los mismos límites que el control judicial de la actividad administrativa: la Fiscalía de Estado únicamente puede controlar si se han respetado o no los principios y los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios, sin poder inmiscuirse en las cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia...

El control también se efectúa a posteriori, cuando el Fiscal de Estado toma conocimiento de una actividad administrativa ya consumada que le parece objetable, sea porque ha recibido una denuncia de un particular, sea porque la conozca de oficio.

En tales supuestos, emitirá un dictamen cuestionando el acto o actividad que reputa contrario al ordenamiento jurídico, en el cual requerirá que sea dejado sin efecto por la autoridad competente y, de no hacerse así, podrá accionar judicialmente' (FRANCAVILLA Ricardo, 'El Rol de las Fiscalías de Estado', publicado en 'Cuestiones de Control de la Administración Pública, administrativo, legislativo y judicial', Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ediciones RAP, págs. 432/433).

Que por otro lado, en relación con la facultad de impugnación judicial indicó: '...está estrechamente unida a su función de contralor de legalidad, que consiste en la facultad de impugnar judicialmente los actos

emanados de los poderes políticos, función que no hace más que confirmar que el Fiscal de Estado es un órgano independiente y no un mero consejero o asesor del Ejecutivo, instituido para la defensa de los intereses del Estado no sólo en los juicios iniciados por los particulares, sino también cuando dichos intereses se vean vulnerados por los actos de los propios poderes políticos...´.

Que tal como señala la Resolución Plenaria citada, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia ha admitido la actuación del señor Fiscal de Estado en acciones de inconstitucionalidad contra actos emanados de uno de los órganos del poder el Estado en autos ´Fiscalía de Estado de la Provincia de tierra del Fuego s/ Acción de inconstitucionalidad — medida cautela´ y en ´Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Acción de Inconstitucionalidad´ (expediente N° 2197/09 de la Secretaría de Demandas Originarias)”.

Que en concordancia con el análisis efectuado, finalmente se indicó a modo de conclusión, lo siguiente: “A la luz de las consideraciones de derecho, doctrina y jurisprudencia mencionadas precedentemente, se puede concluir que la Resolución MOySP N.º 352/2022 traída a consulta poseería un vicio en sus elementos esenciales (artículo 99 incisos a, c y f Ley provincial N° 141), competencia, objeto y finalidad.

Así las cosas, dado que la misma es de los denominados actos generales de carácter normativo o reglamentario puede ser derogado en sede administrativa por la autoridad que la dictó.

Por todo lo expuesto, resulta procedente, salvo mejor criterio, que se observe la Resolución MOySP N.º 352/2022, siendo que la misma resulta ser nula de nulidad absoluta conforme a los inciso a), b) y e), del artículo 110 de la Ley provincial N.º 141 y que, en consecuencia, se inste a la Administración a que lo derogue, conforme los términos del artículo 157 de la citada.

Finalmente, de compartir los lineamientos expuestos y en el caso de que la Ministro de Obras y Servicios Públicos no lo modifique en su propia sede en un



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

término prudencial, correspondería poner en conocimiento a la Fiscalía de Estado de la Provincia, a los efectos de que tome intervención en los términos del artículo 167 de la Constitución Provincial y el artículo 1° de la Ley provincial N° 3".

Que por Nota Interna N° 1762/2022 Letra: TCP-CL, la Coordinadora Legal compartió el Informe citado, por el que se concluye la correspondencia de formular observación legal a la Resolución bajo estudio, entendiendo procedente elevar las actuaciones al Vocal Abogado en ejercicio de la Presidencia, Dr. Miguel LONGHITANO, considerando las competencias del Plenario de Miembros para evaluar la formulación de observaciones legales, opinión que según expresó, fue compartida por el Secretario Contable a cargo.

Que ingresadas las actuaciones a este Cuerpo Plenario de Miembros, se comparten los términos del Informe Legal N° 171/2022 Letra: TCP-CA, correspondiendo en esta instancia, formular observación legal a la Resolución MOySP N° 352/2022, por encontrarse en su artículo 2°, viciada en sus elementos esenciales competencia, objeto y finalidad, de conformidad con el minucioso detalle obrante en el Informe Legal aludido; y resultando en consecuencia nula de nulidad absoluta, según los incisos a), c) y e) del artículo 110 de la Ley provincial N° 141.

Que en virtud de ello, deviene necesario instar a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO a que proceda a su derogación, en los términos del artículo 157 de la Ley provincial N° 141, haciéndole saber que en caso contrario, se girarán los antecedentes a la Fiscalía de Estado con el objeto de que tome la intervención que le compete en los términos del artículo 167 de la Constitución Provincial y del artículo 10 de la Ley provincial N° 3.

Que el presente acto, se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N° 50, en virtud de lo dispuesto por Resolución Plenaria N° 46/2022.

Que los suscriptos, se encuentran facultados para el dictado de la presente, en virtud de las atribuciones conferidas en los artículos 1°, 26, 27, siguientes y concordantes de la Ley provincial N° 50.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal N° 171/2022 Letra: TCP-CA, íntegramente transcripto en la presente. Ello, por los motivos expuestos en el Exordio.

ARTÍCULO 2º.- Observar la Resolución MOySP N° 352/2022, por encontrarse en su artículo 2º, viciada en sus elementos esenciales competencia, objeto y finalidad, de conformidad con el minucioso detalle obrante en el Informe Legal aprobado; y resultando en consecuencia nula de nulidad absoluta, según los incisos a), c) y e) del artículo 110 de la Ley provincial N° 141. Ello, por los motivos expuestos en el Exordio.

ARTÍCULO 3º.- Instar a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO a que proceda a la derogación de la Resolución MOySP N° 352/2022, en los términos del artículo 157 de la Ley provincial N° 141, haciéndole saber que cada acto administrativo de alcance particular en el que se aplique dicha normativa, será oportunamente observado legalmente por parte de este Órgano de Control. Ello, en función de lo expuesto en el Exordio.

ARTÍCULO 4º.- Hacer saber a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO, que en caso de incumplimiento de lo dispuesto en el artículo precedente, se girarán los antecedentes a la Fiscalía de Estado con el objeto de que tome la intervención que le compete en los términos del artículo 167 de la Constitución Provincial y del artículo 10 de la Ley provincial N° 3.

ARTÍCULO 5º.- Notificar con copia certificada de la presente, a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO, debiendo informar las medidas adoptadas en un plazo de quince (15) días contados a partir de la debida notificación.

ARTÍCULO 6º.- Notificar con copia certificada de la presente, al Fiscal de Estado Dr. Virgilio MARTÍNEZ DE SUCRE, para su conocimiento.



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

ARTÍCULO 7°.- Notificar en este Organismo, con remisión de las actuaciones al Secretario Legal a/c Dr. Pablo E. GENNARO y por su intermedio, a la Coordinadora Legal, Dra. María Julia DE LA FUENTE para el seguimiento de lo dispuesto en la presente, al Cuerpo de Abogados para conocimiento y a la Asesoría Letrada para su anotación en el Registro de Observaciones Legales.

ARTÍCULO 8°.- Notificar en este Organismo, al Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS y por su intermedio al Cuerpo de Auditores Fiscales para su conocimiento.

ARTÍCULO 9°.- Registrar. Comunicar y publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 178 /2022.-

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

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

