PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPUBLICA ARGENTINA

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 242

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

USHUAIA, 06 OCT 2022

**VISTO:** el Expediente del registro del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat Nº 1255/2020, caratulado: *"54 VIVIENDAS – BARRIO MALVINAS ARGENTINAS – RÍO GRANDE"; y*

**CONSIDERANDO:**

Que las actuaciones del Visto fueron intervenidas primeramente en el marco del control preventivo emitiéndose el 21 de septiembre de 2021 la Disposición de la Secretaría Contable N° 9/2021 (fojas 4123/4125) donde el Secretario Contable a cargo de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS dispuso: *"**ARTÍCULO 1°.-** Mantener las observaciones plasmadas en los puntos 1 y 2 del Título IV – OBSERVACIONES SUSTANCIALES, Acta de Constatación TCP N° 48/2021 – AOP (Control Preventivo – IPV y H) por los motivos expuestos en los considerandos (…) **ARTÍCULO 3°.-** Notificar de la presente al Auditor Fiscal interviniente, indicando que deberá notificar la presente al cuentadante, con remisión de las actuaciones, a los fines previstos en el inciso f) del punto 4 de la Resolución Plenaria Nº 01/01 modificada por la Resolución Plenaria Nº 89/02 (…)".*

Que en cumplimiento del artículo 3° de la Disposición citada precedentemente, la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA mediante Nota Externa N° 1718/2021, Letra: TCP-AOP (fojas 4126) del 21 de septiembre de 2021 remitió las actuaciones a la entonces Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat Arq. Iris Leticia HERNÁNDEZ.

Que luego, la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA, en relación al seguimiento efectuado por parte del Grupo Especial de Obras Públicas y la Disposición Secretaría Contable N° 9/2021, mediante Nota Externa

N° 736/2022, Letra: TCP-AOP (fojas 4343 vta.) del 5 de abril de 2022, requirió a la entonces Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat Arq. Iris Leticia HERNÁNDEZ la remisión de estos obrados, ingresando los mismos a este Organismo de Control el 7 de abril de 2022 mediante Nota – PRE – 822 – 2022 (fojas 4347).

Que seguidamente, a fojas 4348/4349, la Auditora Fiscal C.P. Yésica FLECHA, mediante Nota Interna N° 1247/2022, Letra: TCP-AOP del 19 de mayo de 2022, remite las actuaciones al Secretario Contable a cargo de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS en virtud de la Disposición Secretaría Contable N° 9/2021.

Que el Secretario Contable a cargo de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS remitió estos obrados mediante Nota Interna N° 1572/2022, Letra: TCP-SC del 24 de junio de 2022 (fojas 4350), a los Auditores Fiscales C.P. Esteban TOVARES y C.P. María de los Milagros ECHAGÜE para que en el marco del control posterior, analicen las actuaciones y emitan el Acta de Constatación pertinente, debiendo plasmar los incumplimientos que se detecten, resaltando como primer y gran incumplimiento sustancial el apartamiento del procedimiento establecido en el Anexo I, Punto 4, inciso F) de la Resolución Plenaria N° 01/01.

Que, a raíz de ello, a fojas 4351/4361 el Auditor Fiscal C.P. Esteban Sebastián TOVARES emitió el Acta de Constatación T.C.P. N.° 71/2022 -AOP (CONTROL POSTERIOR – IPVyH) del 6 de julio de 2022, donde expresó respecto a las observaciones mantenidas por Disposición Secretaría Contable N° 9/2021:

*"**IV – CONTESTA ACTA DE CONSTATACIÓN TCP N.° 48/2021 – AOP (Control Preventivo – I.P.V.yH.):***

* ***Observación Sustancial N.° 1:*** *'Con carácter de OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, se verifica el incumplimiento a lo establecido en el Decreto provincial*

*N° 674/2011 en el artículo 34 punto 60. ANUNCIOS, comunicación fehaciente del* Informe N° 7/2021 Letra: I.P.V. y H. (A.T.) emitido por la Comisión de Evaluación de Ofertas, viéndose vulnerado el derecho de impugnación que tienen los oferentes de una licitación.

Ello, sumado a que de la Resolución I.P.V.yH. N.º 1396/2021 de fojas 4039/4042 no se ordena la notificación de la decisión adoptada a todos los participantes de la licitación en cuestión.

Al respecto vale hacer la aclaración que, tal como se expusiera en Dictamen Legal N.º 27/2021 Letra: T.C.P. – A.L., la Comisión de Evaluación de Ofertas tendría que haber seguido *con el procedimiento previsto en el punto 2.8.3. del Pliego de Bases y Condiciones, es decir, solicitar a la Empresa Constructora Patagonia S.R.L la presentación o perfeccionamiento de lo requerido en el punto 2.8.2. Documentación que deberán contener los sobres, Sobre N.º 2, Requisitos, punto c) antecedentes empresariales, a los fines de contar con los elementos suficientes para fundar su conclusión, tal como se expone, también, en Informe Técnico N.º 220/2021 Letra: T.C.P. - S.C. - A.T.*

*Por su parte, en Dictamen Jurídico N.º 121/2021 suscripto por el Dr. Osvaldo ALBEIRO Director General Asuntos Jurídicos y Notariales I.P.V. y H. se advierte respecto de este tema la falta de presentación de la documentación exigida en el pliego'.*

***Análisis:*** *Se verificó respecto de los actos administrativos actualmente vigentes, que la Resolución IPVyH N.º 1396 ha sido publicada en la página web del Instituto y notificada a todos los oferentes que participaron del proceso de contratación y que la Resolución IPVyH N.º 1898 ha sido notificada también a dichos oferentes.*

***Conclusión:*** *En virtud del análisis efectuado, se entiende que se ha dado cumplimiento a lo solicitado en Informe Legal N.º 241/2021 Letra: TCP-CA, por cuanto se puede interpretar que el Instituto se allanó a lo establecido en la*

*Disposición de Secretaría Contable TCP N.º 09/2021.*

*****Observación Sustancial N.º 2:*** *'Con carácter de OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, se verifica una inconsistencia entre lo establecido en los considerandos de la Resolución I.P.V. y H. N.º 370/2021 y lo determinado en el punto 1. GENERALIDADES 1.1. Objeto del Presente Pliego, en virtud de que en el primero se indica la aplicación del Decreto Provincial N.º 73/03, y en el segundo expresa que "...será de aplicación exclusiva por la Ley Nacional N.º 27.397 y 27.271…'*

*En función de ello, resulta necesario efectuar la aclaración que para las obras financiadas con fondos provinciales resulta de aplicación el Decreto Provincial N.º 73/2003, conforme fuera, asimismo, analizado en la Resolución Plenaria N.º 115/2019.*

*En lo que respecta a la Ley Nacional N.º 27.397, del texto de la misma surge lo siguiente: 'ARTÍCULO 1°.- La determinación de los precios que se coticen en los contratos de obra pública destinados a la construcción de viviendas, así como en los programas o planes sociales de construcción o mejoramiento de viviendas* ***financiados por el Estado nacional…'*** *(el resaltado me pertenece)'.*

***Análisis:*** *Visto el dictado de la RES-IPVyH-1898-2021 mediante la cual en su artículo 3º se establece 'el procedimiento que se aplica en la presente licitación pública para mantener el equilibrio financiero del contrato de obra, será el mismo que se aprueba por la Ley Nacional N.º 27.397, de acuerdo al PByC, los considerandos precedentes y Dictamen Jurídico 222/2021', se verificó en consecuencia la correspondiente notificación a todos los oferentes que participaron del procedimiento de contratación.*

*Al respecto cabe destacar que de manera posterior al dictado de la presente observación, se sancionó la Ley Provincial N.º 1.408 -la cual adhiere a la Ley Nacional N.º 27.397- haciendo posible su aplicación con fondos provinciales.*

***Conclusión:*** *De acuerdo a lo que surge de lo actuado, y teniendo en cuenta la sanción de la Ley Provincial N.º 1.408 de forma previa a la adjudicación*

*de los diferentes renglones de la presente obra, se puede interpretar que la observación deviene en abstracta.*

***Observación Sustancial N.º 3:** 'Con carácter de OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, se verifica una vulneración a lo establecido en el Artículo 3º b) de la Ley Provincial N.º 1015 de Contrataciones, la cual rige supletoriamente en materia de obra pública a partir de lo dispuesto por su Artículo 5º, visto que no se cumplió con los plazos obligatorios de publicación establecidos en la Resolución M.O. y S.P. N.º 218/2020, respecto de las Circulares aclaratorias emitidas en el marco de la presente licitación, viéndose lesionados los principios de concurrencia, igualdad y transparencia'.*

***Análisis y conclusión:** El descargo de esta observación ha sido analizado en el Informe Contable N.º 319/2021 Letra: TCP-AOP, en el marco del Control Preventivo, por cuanto a continuación se transcribe lo allí expresado 'Atento al descargo brindado por el Instituto, debe destacarse que resulta grave el desconocimiento del alcance de la derogación de las normas, por cuanto al haber dejado la Resolución M.O.yS.P. N.º 160/2021 sin efecto a la Resolución M.O.yS.P. N.º 218/2020, no significó que la primera nunca existió ni estuvo vigente, sino que a partir de la nueva norma ya no resulta de aplicación la anterior. De ello se desprenden dos cuestiones: por un lado que en un tiempo pasado la misma tuvo vigencia y por el otro, que el incumplimiento a la misma aconteció durante dicha vigencia.*

*Por otro lado, resulta importante destacar que ante modificaciones a las condiciones del llamado sin su correcta publicación y difusión se vulnerarían los principios de concurrencia e igualdad, de acuerdo al criterio establecido por reconocida doctrina la cual refiere al respecto: 'Si bien la Administración puede modificar el llamado en tanto que resulte necesario, debe preservar la publicidad de este nuevo llamado, difundiéndolo en los mismos medios y durante el mismo tiempo que se emplearon en el llamado original' (DRUETTA Y GUGLIEMINETTI, Ley*

*13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, Ed. AbeledoPerrot, pág. 109).*

*No obstante, en este caso particular, y teniendo en cuenta que las modificaciones al Pliego de Bases y Condiciones introducidas por las circulares no generarían alteraciones a las condiciones de contratación establecidas por el llamado original, es que se considera que no se verían afectados los principios de concurrencia e igualdad, por lo que* ***se LEVANTA la observación sustancial oportunamente formulada****".*

Que asimismo, el Auditor Fiscal en el Acta de Constatación mencionada agregó una serie de incumplimientos formales y el siguiente incumplimiento sustancial:

"(…) ***V – INCUMPLIMIENTOS NORMATIVOS:***

1. *Con carácter de* ***incumplimiento sustancial,*** *se detectó -por un lado- que no se ha dado cumplimiento a lo estipulado en el punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021, por cuanto no consta en las actuaciones la emisión de las pólizas en concepto de Ejecución del Contrato de Obra y Anticipo Financiero previo a la firma del contrato, correspondiente a las empresas adjudicadas WALLNER DANIEL (Renglón I), JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

*Por otro lado, se verificó que la cláusula SEXTA de los Contratos de Obra Pública firmados por dichas contratistas estipula la presentación de las pólizas de manera posterior a la firma del contrato, modificando las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Lo cual, no obstante lo establecido en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación, implicaría que el contrato no se ajusta al pliego, modificando una norma de rango inferior condiciones establecidas por una de rango superior (…)".*

Que posteriormente regresan las actuaciones con el descargo formal mediante Nota PRE-2070-2022, suscripta electrónicamente por la entonces Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat Arq. Iris Leticia HERNÁNDEZ (fojas 4389/4390).

Que a raíz de ello, el Auditor Fiscal C.P. Esteban S. TOVARES emitió el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: TCP-AOP, donde concluyó:

*"(…) En virtud de lo expuesto en el apartado '4. Análisis', donde se expone puntualmente cada reparo efectuado, con su análisis respectivo, se resumen las conclusiones obtenidas:*

*Respecto de las Observaciones Sustanciales N.º 1 y 2, se expresó el análisis y conclusión llevados a cabo en esta instancia de Control Posterior, por cuanto en virtud de haberse labrado la Disposición SC N.º 09/2021 queda en órbita de la Secretaría Contable de este Tribunal expedirse al respecto.*

*Respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 1, el cual no ha sido subsanado, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 122/2018 y se informan los siguientes puntos:*

***Normativa incumplida:***

** Punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021.*

***Actos administrativos:***

** Contrato de obra pública N.º 30, celebrado con JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III).*

** Contrato de obra pública N.º 31, celebrado con WALLNER DANIEL (Renglón I).*

** Contrato de obra pública N.º 32, celebrado con PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

***Agente responsable:***

** Presidente Iris Leticia HERNÁNDEZ.*

***Presunto perjuicio fiscal:***

*El incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4 (…)".*

Que a fojas 4399/4402 el Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David Ricardo BEHRENS, emitió el Informe Contable N.º 272/2022, Letra: TCP-SC del 22 de agosto de 2022, en el cual realizó el siguiente análisis:

*"(…)* ***3. Antecedentes y Análisis***

*A los efectos de no abundar y en honor a la brevedad, me remito a los antecedentes descriptos en el informe contable detallado en el título anterior.*

*No obstante lo antes expuesto, se considera oportuno destacar que el expediente de referencia fue intervenido por esta Secretaría Contable en el marco del Control Preventivo, con fecha 21/09/2021 dictándose la Disposición Secretaría Contable N.º 09/2021 agregada a fs. 4123/4125, en la que se mantienen las observaciones 1 y 2 plasmadas en el Acta de Constatación TCP N.° 48/2021 – AOP (Control Preventivo–IPVyH), obrante a fs. 4077/4081, del 18/08/2021.*

*Posteriormente, se solicitó al Instituto que las actuaciones sean remitidas nuevamente a este organismo en el marco de la Disposición SC N.º 09/2021 (s/Nota Externa N.º 736/2022 Letra: TCP-AOP del 05/04/2022, fs. 4343 vuelta) siendo giradas al área de GEOP con 4347 fojas el 07/04/2021, instruyendo al Grupo Especial de Obras Públicas que emita el acta de constatación pertinente, ya en el marco del control posterior, debiendo plasmar los incumplimientos que se detectasen, por lo que se labró el Acta de Constatación TCP N.º 71/2022 - AOP – Control Posterior del 06/07/2022 obrante a fs. 4351/4361, analizándose los reparos ya efectuados e identificándose otros nuevos que han surgido de acuerdo a la última documental incorporada en esta segunda instancia analizada. Concluyéndose para el incumplimiento sustancial N.º 1, que: 'En virtud del análisis efectuado, se*

*entiende que se ha dado cumplimiento a lo solicitado en Informe Legal N.º 241/2021 Letra: TCP-CA, por cuanto se puede interpretar que el Instituto se allanó a lo establecido en la Disposición de Secretaría Contable TCP N.º 09/2021' y para el incumplimiento sustancial N.º 2: 'De acuerdo a lo que surge de lo actuado, y teniendo en cuenta la sanción de la Ley Provincial N.º 1.408 de forma previa a la adjudicación de los diferentes renglones de la presente obra, se puede interpretar que la observación deviene en abstracta'.*

*Efectuándose un nuevo incumplimiento sustancial en instancias de control posterior que se transcribe a continuación:*

**__Incumplimiento Sustancial N.º 1__: 'Con carácter de **incumplimiento sustancial,** se detectó -por un lado- que no se ha dado cumplimiento a lo estipulado en el punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021, por cuanto no consta en las actuaciones la emisión de las pólizas en concepto de Ejecución del Contrato de Obra y Anticipo Financiero previo a la firma del contrato, correspondiente a las empresas adjudicadas WALLNER DANIEL (Renglón I), JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

*Por otro lado, se verificó que la cláusula SEXTA de los Contratos de Obra Pública firmados por dichas contratistas estipula la presentación de las pólizas de manera posterior a la firma del contrato, modificando las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Lo cual, no obstante lo establecido en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación, implicaría que el contrato no se ajusta al pliego, modificando una norma de rango inferior condiciones establecidas por una de rango superior'.*

*Cabe mencionar que no se efectúa observación del incumplimiento al procedimiento prescripto por la Resolución Plenaria N.º 01/2001, toda vez que el cuentadante se allanó a lo observado por este organismo de control.*

***4. Conclusión***

*Respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 1, el que no ha sido subsanado, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 2 del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:*

***Normativa incumplida:***

** Punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021.*

***Actos administrativos:***

** Contrato de obra pública N.º 30, celebrado con JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III).*

** Contrato de obra pública N.º 31, celebrado con WALLNER DANIEL (Renglón I).*

** Contrato de obra pública N.º 32, celebrado con PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

***Agente responsable:***

** Presidente Iris Leticia HERNÁNDEZ.*

***Presunto perjuicio fiscal:*** *El incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4.*

*Por otra parte, se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el 'Registro de Incumplimientos Formales' de la Delegación de control a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1. (…)".*

Que giradas las actuaciones a la Secretaría Legal, se remitió la Nota Externa N° 1877/2022, Letra: TCP-SL del 26 de agosto de 2022 (fojas 4403), donde se requirió a la entonces Presidenta del I.P.V. y H. Arq. Iris Leticia HERNÁNDEZ las actuaciones administrativas que contengan las garantías de

cumplimiento de contrato y de anticipo financiero correspondiente a las empresas WALLNER DANIEL (adjudicataria del Renglón I), JLC CONSTRUCTORA S.A. (adjudicataria del Renglón III) y de PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (adjudicataria del Renglón IV), obteniendo respuesta del entonces Vicepresidente del Instituto Arq. H. Alejandro RAMB mediante Nota PRE-2326-2022 (fojas 4404/4420).

Que recepcionada la respuesta por parte del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat, el abogado Luis Mario GRASSO emitió el Informe Legal N.º 251/2022, Letra: TCP-CA, en el cual expuso: *"(…)* ***II.- ANÁLISIS***

*En el Informe Contable N.º 272/2022, Letra: T.C.P.-S.C. se señaló un incumplimiento sustancial a partir de tres hechos:*

*1- Que las garantías de ejecución del contrato de las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL no estaban acreditadas en el expediente;*

*2- Que no se incorporaron en estas actuaciones los comprobantes de las garantías de anticipo financiero que habrían sido otorgado a las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL.*

*3. Que en los contratos firmados entre el IPVyH y las contratistas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL se modificaron las condiciones establecidas como excluyentes para la contratación en el punto 3º, inciso 6, del Pliego de Bases y Condiciones.*

*Atento que el Vocal de Auditoría requirió una intervención legal de manera previa a emitir opinión, se procederá al análisis de las actuaciones del siguiente modo:*

*En primer lugar, corroborar si las garantías de ejecución del contrato y de anticipo financiero estaban acreditadas en la versión impresa del*

*expediente; luego, verificar si se modificaron las condiciones de contratación previstas en el pliego de bases y condiciones.*

*Como segundo paso, analizar si tales hechos constituyen incumplimientos sustanciales y, si ese fuese el caso, precisar cuáles serían las consecuencias jurídicas.*

***II.1.- Sobre la ausencia de las garantías y la modificación de las condiciones de contratación establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones.***

*De la verificación de las actuaciones resulta que, contrariamente a lo que se afirma en la Nota-PRE-2326-2022 del IPVyH, incorporada a fojas 4404/4420, no se acompañaron en el expediente impreso las garantías de ejecución del contrato y de anticipo financiero de las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL con la NOTA-PRE-2070-2022 del IPVyH (a fojas 4389), sino que los documentos que se adjuntaron fueron:*

*a) Modificación N.º 151/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 32-2022, suscripta el 1º de agosto de 2022 con el socio-gerente la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4381);*

*b) Modificación N.º 152/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 22-2022, firmada el 1º de agosto de 2022 con el presidente de la constructora BESTAND S.A. (a fojas 4383);*

*c) Modificación N.º 153/2022 al Contrato de Obra Pública N.º31-2022, del 1º de agosto de 2022, pactada con el titular de la compañía WALLNER DANIEL ANTONIO (a fojas 4385);*

*d) Modificación N.º 156/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 30-2022, del 4 de agosto de 2022, estipulada con el presidente de la contratista JLC CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4387).*

*De allí que la ausencia de garantías denunciada por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P. (a fojas*

*4391/4398) estaría correctamente fundada en relación con las actuaciones impresas auditadas.*

*En cuanto a la modificación de las condiciones excluyentes para proceder a la contratación, puede corroborarse a fojas 84 vuelta y 85, que en el punto 3, inciso 6, de Pliego de Bases y Condiciones se establece:*

*'Previo a la firma del contrato, el adjudicatario deberá constituir una Garantía mínima de cumplimiento de Contrato por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) y una Garantía en concepto de devolución de anticipo financiero por un monto igual al treinta por ciento (30%) del monto del contrato.*

*Las Garantías de Ejecución de Contrato y Garantía de Anticipo Financiero que el adjudicatario debe constituir deberá ser presentada al Comitente dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de efectuada la notificación de la adjudicación, caso contrario se dejará sin efecto la misma, por exclusiva culpa y responsabilidad de Empresa Adjudicada, la que por su incumplimiento no tendrá nada que reclamar al comitente'.*

*En el mismo sentido se verifica que en el artículo 3º de los actos administrativos en los que se define la adjudicación se intimó a las empresas adjudicadas a que en un plazo de cinco días presenten las garantías de cumplimiento de contrato (5% del contrato) y de anticipo financiero (30% del contrato) 'en concordancia al punto 3.6 del P.B. y C. Anexo I de la Resolución I.P.V. y H N.º 0370/2021', según el siguiente detalle:*

*a) Resolución RES-IPVyH-103-2022, del 17 de enero de 2022, a la empresa BESTAND S.A. (a fojas 4255/4256), notificada el 20 de enero de 2022;*

*b) Resolución RES-IPVyH-113-2022, del 20 de enero de 2022, a la empresa J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4260/4261), notificada el 20 de enero de 2022;*

*c) Resolución RES-IPVyH-146-2022, del 25 de enero de 2022, a la empresa WALLNER DANIEL ANTONIO (a fojas 4296/4297), notificada el 27 de enero de 2022;*

*d) Resolución RES-IPVyH-217-2022, del 3 de febrero de 2022, a la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4318/4319), notificada el 3 de febrero de 2022:*

*No obstante que tanto en el pliego como en los actos administrativos de adjudicación estaban claras las condiciones excluyentes de presentación de garantías antes de la firma del contrato, la única empresa que cumplió con dichos requisitos fue BESTAND S.A. (a fojas 4280/4283) y así se refleja en la cláusula sexta del contrato de obra pública registrado bajo el N.° 22/2022 del IPVyH (fojas 4300), que textualmente refiere:*

*'SEXTA: 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.° 939.346, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero mediante póliza de seguro de caución N.° 939.347, extendida por CHUBB Seguros Argentina S.A. que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (...)'.*

*A diferencia de la empresa cumplidora, en los casos de las otras tres adjudicatarias lo que se verifica es el apartamiento normativo señalado por el Auditor Fiscal. Es más, como confirmación de ello, puede comprobarse que en los restantes contratos la cláusula sexta establece condiciones distintas a la fijada en el pliego sin que exista, en principio, ninguna justificación en las actuaciones impresas.*

*Para confirmarlo, puede leerse que, en los casos de las empresas WALLNER DANIEL (a fojas 4315); J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4326) y PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4322), la cláusula sexta establece:*

*'SEXTA. Previo al pago del anticipo financiero y dentro de un plazo perentorio e improrrogable de QUINCE (15) días de firmado el presente contrato, 'LA CONTRATISTA' deberá presentar póliza de seguro de caución por la suma equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra con el objeto de afianzar el fiel cumplimiento del presente contrato, y póliza de seguro de caución por la suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) en concepto de garantía de anticipo financiero, bajo apercibimiento de rescisión por incumplimiento'.*

*Es así que se corroboran los hechos señalados por el Auditor Fiscal a los que calificó de incumplimiento sustancial.*

*En lo que sigue se analizará si es posible modificar las condiciones del llamado a presentar ofertas, si los apartamientos normativos comprobados constituyen un incumplimiento sustancial y cómo afecta a la observación sustancial la nueva documentación acompañada.*

***II.2.- Acerca de las modificaciones al pliego de condiciones generales***

*A propósito de las modificaciones de las condiciones del llamado y de la observación sustancial realizada, podría ser útil señalar que, en el Dictamen legal DIC-AL-222-2021 se consideró que el Pliego de Bases y Condiciones '(…) tiene carácter de reglamento y ley para las partes, no se puede modificar, dado que el oferente ha resuelto su participación en base a las pautas regladas del mismo. Así, ante la Resolución IPVyH N.º 1721/21, se encuentra incursa en lo previsto por la Ley 141, art. 110 inc. c), por lo que corresponde que se aplique el art. 113 de la mentada norma' (incorporado a fojas 4197/4198).*

*Parece prudente señalar, en esta instancia, que tal afirmación requiere de algunas precisiones.*

*En primer lugar, es claro -como señala el dictamen- que el pliego de bases y condiciones es una norma general dictada por quien ejerce la función administrativa y que tiene carácter reglamentario.*

*Ahora bien, siendo la potestad reglamentaria una actividad legislativa de la Administración, es pacífica la doctrina respecto de los alcances de esta atribución. El límite más evidente es el que impone la ley que habilita al dictado del reglamento, a la cual el acto administrativo no puede contrariar.*

*Además, si bien el reglamento y la ley son fuentes de derecho, el derecho que crean no tiene idéntico valor. Así como la norma legal no puede contradecir la Constitución, la ley es jerárquicamente superior al decreto y no puede ser derogada total o parcialmente por su reglamento.*

*En el mismo sentido, una resolución ministerial no puede contradecir o derogar un decreto reglamentario del titular del Poder Ejecutivo, ni una resolución de la Presidencia del IPVyH contrariar un decreto reglamentario del Gobernador o a la propia letra de la ley.*

*Este principio de jerarquía normativa, es uno de los valores más elementales del Derecho, se presume conocido por todos, no puede ser abrogado por decreto y su desconocimiento no podría ser invocado por los oferentes ni, mucho menos, por la Administración.*

*En segundo término, parece necesario distinguir que, aunque se presentan conjuntamente, el 'pliego de bases de licitación' regula el procedimiento de selección y el 'pliego de condiciones' regula las condiciones de ejecución del contrato, por ello es de buena técnica jurídica analizarlos por separado.*

*Considerando que en proceso de selección está formando la voluntad y aún no hay contrato, el pliego de bases de la licitación puede sufrir modificaciones antes de la apertura de los sobres siempre y cuando a dichas variaciones se les dé la misma publicidad que al llamado a presentar ofertas y se mantenga en un mismo plano de información y oportunidad a todos los potenciales interesados.*

*Es que resulta '(…) razonable que los parámetros iniciales del pliego de bases y condiciones sufran diversas adecuaciones hasta llegar a los proyectos definitivos de la contratación, ello con fundamento en la magnitud de la operatoria, su alta complejidad técnica y la necesidad de interpretar las normas regulatorias del negocio de manera integral y armónica' (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, 'Follonier, Iván Leopoldo Matías c/ Municipalidad de San José s/ Demanda Contencioso Administrativa', sentencia del 4 de agosto de 2005).*

*Ahora bien, en virtud del principio de igualdad, una vez presentadas las postulaciones ya no se podrían modificar las condiciones que debían cumplir las ofertas, 'ya que la recepción de propuestas limita la facultad del licitante de modificar los actos publicados en el anuncio de licitación' (PTN, Dictámenes: 197:15).*

*Es este sentido, es una doctrina judicial que: '(…) no cabe admitir que una estipulación contenida en el pliego pueda cambiarse mediante un posterior acuerdo porque no puede entenderse que haya podido efectuarse válidamente después de la adjudicación sin ocasionar la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa; la contratación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas está viciada de ilegitimidad' (Corte Suprema de Justicia, entre otros, en los fallos 'Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Estado Nacional', 'Radeljak, Juan Carlos c. Administración Nacional de Puertos' y 'NECON c/ Dirección Nacional de Vialidad')'.*

*Así, tanto a partir de la doctrina administrativa como las decisiones judiciales, es posible entender que el pliego de bases de la licitación puede modificarse antes de la presentación de las ofertas siempre que se mantenga en igualdad de información y condiciones a todos los potenciales interesados.*

*En un tercer momento, respecto de las condiciones de ejecución del contrato, resulta necesario analizar si es legalmente posible modificarlas en un*

*contrato administrativo después de notificado el acto de adjudicación. Sobre este aspecto, se puede confrontar que la propia ley de Obra Pública lo considera posible (artículos 30, 38 y 53), incluso no resulta inhabitual que se aumenten o disminuyan las prestaciones contratadas o que se agreguen obras adicionales no previstas en el pliego.*

*Para comprender en profundidad esta atribución debería tenerse presente que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, quien ejerce la función administrativa goza del privilegio de poder modificar las condiciones de la contratación cuando esté en juego el interés público, la alteración que se realiza sea una razonable adecuación de medios a fines, no se modifique el objeto del contrato y no se afecte el equilibrio financiero del contratista.*

*Sobre esta facultad ya se ha manifestado el Tribunal de Cuentas, haciendo propia la opinión pacífica de la doctrina, considerando que 'El ius variandi permite a la Administración imponer unilateralmente modificaciones al contrato, el mismo es una potestad administrativa' (Resolución Plenaria N.º 138/2016).*

*En el mismo sentido, en sede judicial se ha sentenciado que 'el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado, entre las cuales cobra especial relevancia en el sub lite la facultad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público — conocida tradicionalmente como ius variandi— con el único límite de no afectar su sustancia' (Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo, Sala IV, 'Ahumada Rosa Martina v. PEN, ley 25.561 decs. 1570/2001, 214/2002 y 471/2002 s/amparo ley 16.986', sentencia del 14 de diciembre 2004).*

*Además, en sede administrativa se ha dicho que para el ejercicio de esta facultad 'es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique su ejercicio a la luz del interés público comprometido. En cuanto a los límites de la potestas variandi cabe poner de resalto que por sobre todo debe preservarse la finalidad del contrato. Las modificaciones no pueden*

*desnaturalizar la sustancia del contrato a un punto tal que este termine teniendo un nuevo objeto. Deben, asimismo, ser necesarias, cualquiera hubiese sido el contratista seleccionado. Dicho en otros términos, las modificaciones deben ser objetivamente necesarias' (Procuración del Tesoro CABA, Dictámenes 11745297-DGTALET-2020 IF-2020-11840302-GCABA-PG).*

*Por esta vía, en este Cuerpo de Abogados se informó que 'la Administración es titular de facultades exorbitantes, admitiendo de esta manera que de conformidad con la aplicación del ius variandi se modifique el contrato, ello impulsado por razones objetivas y sin alterar el objeto ni el fin del contrato' (Informe Legal Nº 123/2018 Letra T.C.P. - C.A., en el marco del Expediente N° 13759 Letra: MS Año: 2015 del registro de la Gobernación de la Provincia, caratulado; 's/CONTRATACIÓN DE LOCACIÓN DE SERVICIOS DE ESPECIALISTAS EN TERAPIA INTENSIVA PEDIÁTRICA, PARA EL HOSPITAL REGIONAL USHUAIA').*

*Ahora bien, aceptado que la Administración puede modificar las condiciones del contrato, también es necesario considerar que no puede ejercer este poder de manera arbitraria, sino que por el contrario, su actuación está sometida al principio de legalidad.*

*Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sentenció: '(…) En materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en los que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal, y en virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, la previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre normas de rango legal, ya que el sentido, validez e incluso la eficacia de las*

*primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar' (causa 'Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos', Fallos: 316; 3157).*

*Esta doctrina judicial se ha reiterado de manera consistente y coherente, en las causas 'Rincón de los Artistas c/ Hospital Posadas', Fallos: 327:3677, y 'Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN -PJN y otro' Fallos: 343;1457.*

*En definitiva, a diferencia de la opinión vertida en el Dictamen legal DIC-AL-222-2021 incorporado a fojas 4197/4198, a partir del bloque de juridicidad, incluyendo la jurisprudencia y los antecedentes administrativos arriba reseñados, cabría concluir que:*

*1°) El pliego de bases y condiciones es una norma jurídica general subordinada a la ley habilitante, de ahí que en el caso en que hubiese una contradicción entre ambas, ha de estarse por las prescripciones de la norma legal;*

*2°) Es posible modificar el Pliego de Bases y Condiciones siempre que esté comprometido el interés general, exista un cambio objetivo de circunstancias que así lo justifique, que no se desnaturalice el objeto del contrato y que la modificación se realice dentro de los límites fijados en la ley.*

***II.3.- Sobre la calificación de los apartamientos normativos detectados.***

*Como ya se analizó en el punto II.1., al momento de realizar el Informe Contable N.° 268/2022, Letra T.C.P.-A.O.P., (a fojas 4391/4398), no constaban en el expediente impreso las garantías de cumplimiento del contrato y de anticipo financiero de las empresas adjudicatarias WALLNER DANIEL, J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. y PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. y con ello se incumplió con el requisito previsto en el punto 3.6 del Pliego de Bases y Condiciones.*

*Considerando que la Resolución Plenaria N.° 122/2018 definió que son incumplimientos sustanciales aquellos 'incumplimientos y faltas graves que podrían traer aparejado un perjuicio al erario público', y que tanto la falta de*

*garantías de cumplimiento del contrato y del anticipo financiero, así como las modificaciones injustificadas de las condiciones del contrato tendrían la potencialidad de generar perjuicio fiscal, debería tenerse por debidamente justificada la observación.*

*Ahora bien, a partir de la documentación incorporada a partir del 1º de septiembre de 2022 en el expediente impreso (a fojas 4404/4420) lo que se verifica es que:*

*1. El 25 de enero de 2022, la empresa WALLNER DANIEL habría contratado con la ALBA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las Pólizas de Seguro de Caución N.º 940.602 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4405/4406); y N.º 940.603 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4407/4409).*

*2. El 26 de enero de 2022, la empresa JLC Constructora habría contratado con la empresa BERKLEY ARGENTINA SEGUROS, las Pólizas de Seguro de Caución N.º 273.531 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4409/4412); y N.º 273.538 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4413/4416).*

*3. El 25 de enero de 2022, la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. habría contratado con la ALBA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las Pólizas de Seguro de Caución N.º 941.655 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4417/4418); y N.º 941.686 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4419/4420).*

*De allí que, si se considera, por un lado, que en un negocio jurídico la acción que se debe realizar es el elemento sustancial o material, y que las condiciones respecto de cuándo y cómo debe realizarse son los aspectos formales, adjetivos del mismo; y, por otro, que en este caso concreto la acción material que debía realizarse era garantizar el cumplimiento de los contratos y los anticipo financieros; entonces, a partir de la nueva documentación acreditada, podría*

*sostenerse razonablemente que se habría subsanado el incumplimiento sustancial señalado por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P.*

*En el mismo sentido, debería señalarse que:*

*1. A fojas 4381, el 1º de agosto de 2022 se firmó la Modificación N.º 151/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 32-2022, con el socio-gerente la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L., en la que se estableció: '(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 941.655, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 941.686, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)'.*

*2. A fojas 4385, el 1º de agosto de 2022 se suscribió con el titular de la compañía WALLNER DANIEL ANTONIO la Modificación N.º 153/2022 al Contrato de Obra Pública N.º31-2022, (a fojas 4385), en la que estableció: '(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 940.602, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero mediante póliza de seguro de caución N.º 940.603, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)'.*

*3. A fojas 4387, el 4 de agosto de 2022 se rubricó la Modificación N.º 156/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 30-2022, estipulada con el presidente de la contratista JLC CONSTRUCTORA S.A., en la que se fijó: '(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 273.531, extendida por Berkley International Seguros*

*S.A., que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 273.538, extendida por Berkley International Seguros S.A. que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)'.*

*A partir de ello, se puede inferir que no obstante que la presentación de las garantías requeridas fue tardía y que la cláusula del contrato original contrariaba las condiciones previstas en el pliego, resultaría que ambos apartamientos estarían subsanados y que tales inconductas ya no tendrían la virtualidad de generar perjuicio fiscal, por ello sólo ostentarían el carácter de incumplimientos formales.*

*Ello no quita que, aunque subsanado, en los hechos se verificó un grave apartamiento normativo, afectando el principio de igualdad de los postulantes. A partir de ello, se sugiere evaluar la posibilidad de recomendar a la titular del Instituto Provincial de la Vivienda y Hábitat extremar los recaudos para que estas acciones no se repitan en el futuro, bajo apercibimiento de que, en caso de reincidir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50.*

***III. CONCLUSIÓN***

*Como consecuencia de lo expuesto en este informe, se podría concluir lo siguiente:*

*1º) El pliego de bases y condiciones es una norma jurídica general subordinada a la ley habilitante, de ahí que en el caso en que hubiese una contradicción entre ambas, ha de estarse por las prescripciones de la norma legal;*

*2º) Es posible modificar el Pliego de Bases y Condiciones siempre que a) esté en juego el interés público; b) exista un cambio objetivo de circunstancias que así lo justifique; c) no se desnaturalice el objeto del contrato;*

*d) no se afecte el equilibrio financiero del contratista; y e) que la modificación se realice dentro de los límites fijados en la ley.*

*3°) En este caso en concreto, se verificaron tanto la falta de presentación de garantías de cumplimiento del contrato y del anticipo financiero antes de la firma del contrato, como las modificaciones injustificadas de las condiciones del pliego de bases y condiciones.*

*4°) Considerando que estas inconductas tienen la potencialidad de generar perjuicio fiscal, debería considerarse la observación sustancial realizada por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.° 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P., estaba justificada de acuerdo a la versión impresa del expediente.*

*5°) No obstante que la observación del Auditor Fiscal estaría justificada a la fecha en la que se realizó, a partir de la nueva documentación acreditada a fojas 4404/4420, en la que se acompañaron copias de las garantías requeridas, podría sostenerse razonablemente que se habría subsanado el incumplimiento sustancial.*

*6°) Si bien la inconducta habría sido subsanada, los hechos se verificó un grave apartamiento normativo en el que se afectó el principio de igualdad de los postulantes. A partir de ello, se podría evaluar la posibilidad de recomendar a la titular del Instituto Provincial de la Vivienda y Hábitat que extreme los recaudos para que estas acciones no se repitan en el futuro, bajo apercibimiento de que, en caso de reincidir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4° de la Ley provincial N.° 50 (...)".*

Que el Secretario Legal a cargo Dr. Pablo E. GENNARO, en su Nota Interna N.° 2391/2022, Letra: TCP-SL, compartió el criterio expuesto en el Informe Legal antes mencionado.

Que los suscriptos comparten y hacen propio los términos de los Informes Contables N.° 268/2022, Letra: TCP-AOP y N.° 272/2022, Letra: TCP-SC, y del Informe Legal 251/2022, Letra: TCP-CA.

Que a raíz de los informes mencionados se estima pertinente, en el marco del artículo 4° inciso g) de la Ley provincial N.º 50 efectuar una recomendación a la Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat, Arq. Laura Malvina MONTES, a fin de que en adelante, extreme los recaudos para no afectar el principio de igualdad de los postulantes en el procedimiento de contratación, bajo apercibimiento de que, en caso de persistir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50.

Que la presente se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial Nº 50, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 46/2022.

Que los suscriptos se encuentran facultados para emitir el presente acto en virtud de lo dispuesto por los artículos 2°, 4° inciso g), 27 siguientes y concordantes de la Ley provincial N° 50.

Por ello,

**EL TRIBUNAL DE CUENTAS**
**RESUELVE:**

**ARTÍCULO 1º.-** Aprobar y hacer propio los términos de los Informes Contables N.º 268/2022, Letra: TCP-AOP y N.º 272/2022, Letra: TCP-SC y del Informe Legal 251/2022, Letra: TCP-CA, que forman parte integrante de la presente. Ello, en virtud de los motivos expuestos en los considerandos.

**ARTÍCULO 2°.-** Recomendar a la Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat, Arq. Laura Malvina MONTES, a fin de que en adelante, extreme los recaudos para no afectar el principio de igualdad de los postulantes en el procedimiento de contratación, bajo apercibimiento de que, en caso de reincidir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50. Ello, en virtud de los motivos expuestos en los considerandos.

**ARTÍCULO 3°.-** Notificar con copia certificada de la presente a la Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat, Arq. Laura Malvina MONTES, con remisión de las actuaciones.

**ARTÍCULO 4°.-** - Notificar en sede del Organismo, al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. David R. BEHRENS y por su intermedio a los Auditores Fiscales intervinientes y al Secretario Legal a cargo Dr. Pablo E. GENNARO y por su intermedio al letrado interviniente.

**ARTÍCULO 5°.-** Registrar, publicar. Cumplido, archivar.

**RESOLUCIÓN PLENARIA Nº** 242 **/2022.**

CPN Hugo Sebastián PANI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

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

PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO,
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPÚBLICA ARGENTINA

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO N°
4391

# INFORME CONTABLE

**INFORME CONTABLE N.º 268/2022**
**Letra: T.C.P. - A.O.P.**

**Ref.:** Expte. 1255/2020 – caratulado "54 VIVIENDAS – BARRIO MALVINAS ARGENTINAS – RIO GRANDE.-"

**"CONTROL POSTERIOR"**

**Auditor Fiscal:** Esteban S. TOVARES

**Ushuaia, 12 de Agosto de 2022**

TRIBUNAL DE CUENTAS FOLIO N° 4392

# "Control Posterior"

## Índice

**1. Destinatario.....1**
**2. Objeto.....1**
**3. Antecedentes.....1**
**4. Análisis.....3**
4.1. Observaciones Sustanciales:.....3
4.2. Incumplimientos Sustanciales:.....6
4.3. Incumplimientos Formales:.....7
**5. Conclusión.....10**

## 1. Destinatario

El presente informe está dirigido a la Secretaría Contable.

## 2. Objeto

Se elevan las presentes actuaciones en el marco del Control Posterior, reglamentado en el punto 1.4 del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 122/2018.

## 3. Antecedentes

El expediente de referencia fue remitido en el marco del Control Preventivo. Se generó en primer lugar el Informe Técnico N.º 220/2021 Letra: TCP–SC–AT donde se formularon 3 (tres) requerimientos al ente intervenido. Tomó luego intervención el área contable de GEOP emitiéndose consulta al área legal por medio del Informe Contable N.º 261/2021, la cual fue respondida a través del Dictamen Legal N.º 27/2021 Letra: TCP-AL. Con dichos elementos como sustento, se emitió el Acta de Constatación TCP N.° 48/2021 – AOP (Control Preventivo–IPVyH), obrante a fs. 4048, del 18/08/2021, donde se dejaron plasmadas 3 (tres) observaciones sustanciales.

Posteriormente, el 06/09/2021 regresaron las actuaciones con descargo formal al Acta de Constatación mediante Informe N.º 061/21 Letra: DGAJyN de fecha 30/08/2021 obrante a fs. 4083, y mediante Informe N.º 062/21 Letra: DGAJyN de fecha 06/09/2021 obrante a fs. 4095, ambos suscriptos por el Ab. Carlos ALBEIRO. Sobre dichos descargos se procedió a efectuar el debido análisis, el cual fue plasmado en el Informe Contable N.º 319/2021 Letra: TCP-AOP del 09/09/2021 (fs. 4100), con las siguientes conclusiones: Observación Sustancial N.º 1 y N.º 2 mantenidas y N.º 3 levantada.

Mediante Nota Interna N.º 2080/2021 Letra: TCP-SC (fs. 4104), se le remitieron las actuaciones a la Secretaría Legal a fin de que sean analizadas, aún en el marco del Control Preventivo. En respuesta, a través del análisis plasmado en el Informe Legal N.º 241/2021 Letra: TCP-CA del 17/07/2021 (fs. 4105), se expresó que se comparte el criterio suscrito por el Auditor Fiscal respecto de las 3 (tres) observaciones labradas y de sus respectivas conclusiones.

Así, con fecha 21/09/2021 se dictó la Disposición Secretaria Contable N.º 09/2021 (fs. 4123), en la cual se mantienen las observaciones 1 y 2 ya referenciadas, por cuanto el expediente es remitido al IPVyH -mediante Nota Externa N.º 1718/2021 Letra: TCP-AOP del 21/09/2021 (fs. 4126)- con la incorporación de los últimos instrumentos actuados en sede del Tribunal de Cuentas.

Posteriormente, se solicitó al Instituto que las actuaciones sean remitidas nuevamente a este organismo -en el marco de la Disposición SC N.º 09/2021 (s/Nota Externa N.º 736/2022 Letra: TCP-AOP del 05/04/2022, fs. 4343 vuelta)- siendo luego las mismas giradas a este área con 4347 fojas el 07/04/2021 y remitiéndose así a la Secretaría Contable mediante Nota Interna N.º 1247/2022 Letra: TCP-AOP del 19/05/2022 (fs. 4348), a sus efectos.

Por último, desde la Secretaría Contable indicaron al Grupo Especial de Obras Públicas que se emita el Acta de Constatación pertinente, ya en el marco del control posterior, debiendo plasmar los incumplimientos que se detectasen (s/Nota Interna N.º 1572/2022 Letra: TCP-SC del 24/06/2022, fs. 4350), por lo que se labró el Acta de Constatación TCP N.º 71/2022-AOP del 06/07/2022, analizándose los reparos ya tratados e identificándose otros nuevos que han surgido de acuerdo a la última documental incorporada en esta segunda instancia analizada.

Así las cosas, de fojas 4362 a 4390 obra lo último actuado por el Instituto, por cuanto analizado ello es que se emite el presente informe con el objeto de examinar los descargos efectuados.

## 4. Análisis

### 4.1. Observaciones Sustanciales:

En el presente apartado se comparte el nuevo análisis efectuado en relación a las Observaciones Sustanciales N.º 1 y N.º 2 labradas en el marco del Control Preventivo, siendo la N.º 3 ya tratada y levantada en el Informe Contable N.º 319/2021 Letra: TCP-AOP, como bien se informó en dicha oportunidad. A continuación se procede a transcribir lo informado en Acta de Constatación N.º 71/2022-AOP (Control Posterior-IPVyH) al respecto:

- **Observación Sustancial N.º 1:** *"Con carácter de OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, se verifica el incumplimiento a lo establecido en el Decreto provincial N° 674/2011 en el artículo 34 punto 60. ANUNCIOS, comunicación fehaciente del Informe N° 7/2021 Letra: I.P.V. y H. (A.T.) emitido por la Comisión de Evaluación de Ofertas, viéndose vulnerado el derecho de impugnación que tienen los oferentes de una licitación.*

  *Ello, sumado a que de la Resolución I.P.V.yH. N.º 1396/2021 de fojas 4039/4042 no se ordena la notificación de la decisión adoptada a todos los participantes de la licitación en cuestión.*

  *Al respecto vale hacer la aclaración que, tal como se expusiera en Dictamen Legal N.º 27/2021 Letra: T.C.P. - D.A., la Comisión de Evaluación de Ofertas tendría que haber seguido con el procedimiento previsto en el punto 2.8.3. del Pliego de Bases y Condiciones, es decir, solicitar a la Empresa*

*Constructora Patagonia S.R.L la presentación o perfeccionamiento de lo requerido en el punto 2.8.2. Documentación que deberán contener los sobres, Sobre N.º 2, Requisitos, punto c) antecedentes empresariales, a los fines de contar con los elementos suficientes para fundar su conclusión, tal como se expone, también, en Informe Técnico N.º 220/2021 Letra: T.C.P. - S.C. - A.T.*

*Por su parte, en Dictamen Jurídico N.º 121/2021 suscripto por el Dr. Osvaldo ALBEIRO Director General Asuntos Jurídicos y Notariales I.P.V. y H. se advierte respecto de este tema la falta de presentación de la documentación exigida en el pliego."*

**Análisis:** *"Se verificó respecto de los actos administrativos actualmente vigentes, que la Resolución IPVyH N.º 1396 ha sido publicada en la página web del Instituto y notificada a todos los oferentes que participaron del proceso de contratación y que la Resolución IPVyH N.º 1898 ha sido notificada también a dichos oferentes."*

**Conclusión:** *"En virtud del análisis efectuado, se entiende que se ha dado cumplimiento a lo solicitado en Informe Legal N.º 241/2021 Letra: TCP-CA, por cuanto se puede interpretar que el Instituto se allanó a lo establecido en la Disposición de Secretaría Contable TCP N.º 09/2021."*

- **Observación Sustancial N.º 2:** *"Con carácter de OBSERVACIÓN SUSTANCIAL, se verifica una inconsistencia entre lo establecido en los considerandos de la Resolución I.P.V. y H. N.º 370/2021 y lo determinado en el punto 1. GENERALIDADES 1.1. Objeto del Presente Pliego, en virtud de que en el primero se indica la aplicación del Decreto Provincial N.º 73/03, y en el segundo expresa que "...será de aplicación exclusiva por la Ley*

*Nacional N.º 27.397 y 27.271…"*

*En función de ello, resulta necesario efectuar la aclaración que para las obras financiadas con fondos provinciales resulta de aplicación el Decreto Provincial N.º 73/2003, conforme fuera, asimismo, analizado en la Resolución Plenaria N.º 115/2019.*

*En lo respecta a la Ley Nacional N.º 27.397, el texto de la misma surge lo siguiente: "ARTÍCULO 1°.- La determinación de los precios que se coticen en los contratos de obra pública destinados a la construcción de viviendas, así como en los programas o planes sociales de construcción o mejoramiento de viviendas* ***financiados por el Estado nacional…"*** *(el resaltado me pertenece)."*

**Análisis:** *"Visto el dictado de la RES-IPVyH-1898-2021 mediante la cual en su artículo 3º se establece "el procedimiento que se aplica en la presente licitación pública para mantener el equilibrio financiero del contrato de obra, será el mismo que se aprueba por la Ley Nacional N.º 27.397, de acuerdo al PByC, los considerandos precedentes y Dictamen Jurídico 222/2021.-", se verificó en consecuencia la correspondiente notificación a todos los oferentes que participaron del procedimiento de contratación.*

*Al respecto cabe destacar que de manera posterior al dictado de la presente observación, se sancionó la Ley Provincial N.º 1.408 -la cual adhiere a la Ley Nacional N.º 27.397- haciendo posible su aplicación con fondos provinciales."*

**Conclusión:** *"De acuerdo a lo que surge de lo actuado, y teniendo en cuenta la sanción de la Ley Provincial N.º 1.408 de forma previa a la adjudicación*

*de los diferentes renglones de la presente obra, se puede interpretar que la observación deviene en abstracta."*

**4.2. Incumplimientos Sustanciales:**

- **Incumplimiento Sustancial N.º 1:** *"Con carácter de* ***incumplimiento sustancial,*** *se detectó -por un lado- que no se ha dado cumplimiento a lo estipulado en el punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021, por cuanto no consta en las actuaciones la emisión de las pólizas en concepto de Ejecución del Contrato de Obra y Anticipo Financiero previo a la firma del contrato, correspondiente a las empresas adjudicadas WALLNER DANIEL (Renglón I), JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

  *Por otro lado, se verificó que la cláusula SEXTA de los Contratos de Obra Pública firmados por dichas contratistas estipula la presentación de las pólizas de manera posterior a la firma del contrato, modificando las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Lo cual, no obstante lo establecido en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación, implicaría que el contrato no se ajusta al pliego, modificando una norma de rango inferior condiciones establecidas por una de rango superior."*

  **Análisis:** Mediante NOTA-PRE-2070-2022 del 05/08/2022 a fs. 4389, la Presidente del Instituto informa *"habiendo tomado conocimiento de los términos de los apartados 1, 2 y 4, se señala que a los fines de enmendar las objeciones vertidas en los mismos, se llevó adelante la modificación de los*

*respectivos contratos, a través de los contratos N.º 151-2022, N.º 152-2022, N.º 153-2022, N.º 156-2022, los cuales lucen incorporados en el Expediente."*

**Conclusión:** En virtud del descargo analizado, y atento a la instancia en la cual se encuentran las actuaciones, se concluye que **se mantiene el Incumplimiento Sustancial N.º 1** por resultar insalvable en esta instancia del procedimiento.

**4.3. Incumplimientos Formales:**

Se deja constancia de que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el "Registro de Incumplimientos Formales" de esta Delegación a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1. Los mismos se transcriben a continuación para su conocimiento:

- **Incumplimiento Formal N.º 2:** *"Con carácter de **incumplimiento formal**, se verifica un error en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación, del Pliego de Bases y Condiciones, en tanto un instrumento de orden normativo jerárquico inferior queda por sobre un instrumento de carácter superior. En este sentido, cabe aclarar que el orden de prelación que se establezca debe ajustarse en todos los casos al orden jerárquico de las normas imperante a partir del artículo 31 de la Constitución Nacional, según el cual en la cúspide de la pirámide normativa se ubican la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incorporados a éstas (artículo 75, inciso 22); luego -en lo atinente al régimen de contrataciones provincial- tenemos la Constitución provincial, la Ley provincial Nº 1015,*

*seguido por su decreto reglamentario en tratamiento y los que a futuro se dicten, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aplicable, el Pliego de Condiciones Particulares aplicable a la licitación en particular y, finalmente, el contrato. Dicho orden de prelación implica que las normas de rango inferior deben subordinarse a las de rango superior, y en caso de conflicto entre ambas, prevalece la de rango superior."*

- **Incumplimiento Formal N.º 3:** *"Con carácter de* ***incumplimiento formal,*** *se detecta respecto de los actos administrativos de adjudicación (Resoluciones IPVyH N.º 103, 113, 146 y 217 del 2022):*

  a) *que el Instituto no ha dado cumplimiento a lo resuelto en el artículo 4º, el cual expresa: "registrar y supeditar la comunicación de la presente resolución, incluida la notificación (s/art. 104 Ley Prov. N.º 141) a la efectiva intervención del Control Preventivo del Tribunal de Cuentas en los términos de la Resolución Plenaria TCP N.º 06/2020", atento a que dichos actos administrativos han sido notificados a las empresas adjudicadas, sin previa remisión a este Órgano de Control Externo.*

     *No obstante, es dable aclarar que las actuaciones sí han sido remitidas en el marco del Control Preventivo a partir del dictado del acto administrativo de preadjudicación (Resolución IPVyH N.º 1396/2021), sin embargo, el mismo Instituto ha estipulado una nueva intervención por parte de este Órgano de Control Externo, en el acto administrativo de adjudicación indicado en el párrafo anterior.*

  b) *que el octavo considerando encuadra dicho acto en el Decreto Provincial N.º 912/2017 Anexo I, siendo que el mismo ha sido dejado*

*sin efecto por su par N.º 1600/2021.*

c) *respecto de las empresas BESTAND SA, JLC CONSTRUCTORA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL, que el séptimo considerando expresa "Que el Área de Asuntos Jurídicos y Notariales ha analizado el procedimiento no encontrando objeciones legales que formular", por cuanto no se verifica en las actuaciones la intervención legal correspondiente."*

- **Incumplimiento Formal N.º 4:** *"Con carácter de* ***incumplimiento formal,*** *se detecta respecto de los Contratos de Obra Pública de:*

a) *BESTAND SA (N.º 22), las siguientes inconsistencias:*

1) *En el primer párrafo y en la cláusula DÉCIMA TERCERA, se indica como marco regulatorio:*

- *La Ley Nacional N.º 27.721, y no la N.º 27.271.*
- *Decreto Provincial N.º 912/2017 Anexo I, siendo que el mismo ha sido dejado sin efecto por su par N.º 1600/2021.*

2) *En la cláusula SEXTA dice que la póliza en concepto de anticipo financiero fue extendida por CHUBB, mientas que a fs. 4282 se verifica que la aseguradora es ALBA COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A.*

3) *En el último párrafo no hay constancia de la fecha en la cuál se ha firmado el contrato.*

b) *JLC CONSTRUCTORA SA (N.º 30), WALLNER DANIEL (N.º 31) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (N.º 32), las siguientes inconsistencias en cuanto al marco regulatorio en el primer párrafo y*

*en la cláusula DÉCIMA TERCERA:*

1) *La Ley Nacional N.º 27.721, en lugar de la N.º 27.271.*
2) *Decreto Provincial N.º 912/2017 Anexo I, siendo que el mismo ha sido dejado sin efecto por su par N.º 1600/2021."*

## 5. Conclusión

En virtud de lo expuesto en el apartado "4. Análisis", donde se expone puntualmente cada reparo efectuado, con su análisis respectivo, se resumen las conclusiones obtenidas:

Respecto de las Observaciones Sustanciales N.º 1 y 2, se expresó el análisis y conclusión llevados a cabo en esta instancia de Control Posterior, por cuanto en virtud de haberse labrado la Disposición SC N.º 09/2021 queda en órbita de la Secretaría Contable de este Tribunal expedirse al respecto.

Respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 1, el cual no ha sido subsanado, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

**Normativa incumplida:**

- Punto *3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero* del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021.

**Actos administrativos:**

- Contrato de obra pública N.º 30, celebrado con JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III).
- Contrato de obra pública N.º 31, celebrado con WALLNER DANIEL

(Renglón I).

- Contrato de obra pública N.º 32, celebrado con PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).

**Agente responsable:**

- Presidente Iris Leticia HERNÁNDEZ.

**Presunto perjuicio fiscal:**

- El incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4.

Sin otro particular elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de la referencia el cual consta de 4398 fojas útiles.

C.P. Esteban Sebastian TOVARES
Auditor Fiscal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia
12 AGO 2022
RECIBIÓ: Flavia Sabrina PUCHETA
Asistente de Prosecretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia
12:20 hs.

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
4399

# INFORME CONTABLE

**INFORME CONTABLE Nº 272 /2022,**
**Letra: TCP-SC**
**Ref.:** Expediente N.º 1255/2020, LETRA: IP, caratulado: "54 VIVIENDAS Bº MALVINAS ARGENTINAS – RIO GRANDE"

**Ushuaia, 22 de agosto de 2022.**

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO
4400

# Índice

1. **Destinatario**.....1
2. **Objeto**.....1
3. **Antecedentes y Análisis**.....1
4. **Conclusión**.....3

## 1. Destinatario

El presente informe se dirige al Sr. Vocal de Auditoría de este Tribunal de Cuentas.

## 2. Objeto

Elevar el análisis efectuado, mediante el Informe Contable N.° 268/2022 Letra: TCP-AOP obrante a fs. 4391/4398, suscripto por la Auditor Fiscal CP Esteban Sebastian TOVARES, en el marco del Control Posterior, reglamentado mediante la Resolución Plenaria N.° 122/2018, en relación a lo actuado en las presentes actuaciones.

## 3. Antecedentes y Análisis

A los efectos de no abundar y en honor a la brevedad, me remito a los antecedentes descriptos en el informe contable detallado en el título anterior.

No obstante lo antes expuesto, se considera oportuno destacar que el expediente de referencia fue intervenido por esta Secretaría Contable en el marco del Control Preventivo, con fecha 21/09/2021 dictándose la Disposición Secretaria Contable N.° 09/2021 agregada a fs. 4123/4125, en la que se mantienen las observaciones 1 y 2 plasmadas en el Acta de Constatación TCP N.° 48/2021 – AOP (Control Preventivo–IPVyH), obrante a fs. 4077/4081, del 18/08/2021.

Posteriormente, se solicitó al Instituto que las actuaciones sean remitidas nuevamente a este organismo en el marco de la Disposición SC N.° 09/2021 (s/Nota Externa N.° 736/2022 Letra: TCP-AOP del 05/04/2022, fs. 4343 vuelta) siendo giradas al área de GEOP con 4347 fojas el 07/04/2021, instruyendo al Grupo Especial de Obras Públicas que emita el acta de constatación pertinente, ya en el

marco del control posterior, debiendo plasmar los incumplimientos que se detectasen, por lo que se labró el Acta de Constatación TCP N.º 71/2022 - AOP – Control Posterior del 06/07/2022 obrante a fs. 4351/4361, analizándose los reparos ya efectuados e identificándose otros nuevos que han surgido de acuerdo a la última documental incorporada en esta segunda instancia analizada. Concluyéndose para el incumplimiento sustancial N.º 1, que: *"En virtud del análisis efectuado, se entiende que se ha dado cumplimiento a lo solicitado en Informe Legal N.º 241/2021 Letra: TCP-CA, por cuanto se puede interpretar que el Instituto se allanó a lo establecido en la Disposición de Secretaría Contable TCP N.º 09/2021."* y para el incumpliendo sustancial N.º 2: *"De acuerdo a lo que surge de lo actuado, y teniendo en cuenta la sanción de la Ley Provincial N.º 1.408 de forma previa a la adjudicación de los diferentes renglones de la presente obra, se puede interpretar que la observación deviene en abstracta".*

Efectuándose un nuevo incumplimiento sustancial en instancias de control posterior que se transcribe a continuación:

- **Incumplimiento Sustancial N.º 1:** *"Con carácter de* ***incumplimiento sustancial,*** *se detectó -por un lado- que no se ha dado cumplimiento a lo estipulado en el punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021, por cuanto no consta en las actuaciones la emisión de las pólizas en concepto de Ejecución del Contrato de Obra y Anticipo Financiero previo a la firma del contrato, correspondiente a las empresas adjudicadas WALLNER DANIEL (Renglón I), JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

  *Por otro lado, se verificó que la cláusula SEXTA de los Contratos de Obra*

*Pública firmados por dichas contratistas estipula la presentación de las pólizas de manera posterior a la firma del contrato, modificando las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Lo cual, no obstante lo establecido en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación, implicaría que el contrato no se ajusta al pliego, modificando una norma de rango inferior condiciones establecidas por una de rango superior."*

Cabe mencionar que no se efectúa observación del incumplimiento al procedimiento prescripto por la Resolución Plenaria N.° 01/2001, toda vez que el cuentadante se allanó a lo observado por este organismo de control.

## 4. Conclusión

Respecto del Incumplimiento Sustancial N.° 1, el que no ha sido subsanado, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 2 del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

**Normativa incumplida:**

- Punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado mediante Resolución IPVyH N.° 370/2021.

**Actos administrativos:**

- Contrato de obra pública N.° 30, celebrado con JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III).
- Contrato de obra pública N.° 31, celebrado con WALLNER DANIEL (Renglón I).
- Contrato de obra pública N.° 32, celebrado con PROYECTOS FUEGUINOS

SRL (Renglón IV).

**Agente responsable:**

- Presidente Iris Leticia HERNÁNDEZ.

**Presunto perjuicio fiscal:** El incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4.

Por otra parte, se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el "Registro de Incumplimientos Formales" de la Delegación de control a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1.

Sin otro particular elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de la referencia el que consta de 4402 fojas útiles.

C.P. David Ricardo BEHRENS
AUDITOR FISCAL
a/c de la Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Pase a la Secretaria Legal a sus efectos.
VOCALIA DE AUDITORIA - USHUAIA,
23 AGO 2022

SECRETARIA LEGAL
ENTRO
23 AGO 2022
RECIBIÓ
HORA 14,00

Sr. Gustavo [illegible] SILA
Procurador [illegible]
Tribunal de Cuentas de la Provincia

CPN Hugo Sebastián PANI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Pablo [illegible] BENVARO
[illegible]
Tribunal de Cuentas de la Provincia

24 AGO. 2022

Informe Legal N.° 251/2022
Letra: T.C.P. - C.A.
Cde: Expte. N.° 1255/2020
Letra: IPVyH

Ushuaia, 9 de septiembre de 2022

**SEÑOR SECRETARIO LEGAL**
**DR. PABLO E. GENNARO**

Viene a este Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, girado por el Vocal de Auditoría, C.P. Hugo S. PANNI, a efectos de emitir opinión jurídica respecto del Incumplimiento Sustancial N.° 1 señalado en el marco del control posterior por el Informe Contable N.° 272/2022, Letra: T.C.P.-S.C. incorporado a fojas 4399/4402.

## I. ANTECEDENTES

El expediente de la referencia, caratulado *"REF. 54 VIVIENDAS – BARRIO MALVINAS ARGENTINAS – RÍO GRANDE"* fue remitido a este Organismo de Control el 7 de abril de 2022 para su control posterior.

De su análisis, el 6 de julio de 2022 se labró el Acta de Constatación N.° 71/2022, Letra: A.O.P., incorporada a fojas 4351/4361, en la que se señaló un incumplimiento sustancial y tres incumplimientos formales.

Luego de producido el descargo por el cuentadante (a fojas 4362/4390) se labró el Informe Contable N.° 268/2022, Letra T.C.P.-A.O.P., (a fojas 4391/4398), a partir del cual el Secretario Contable, C.P. David BEHRENS,

suscribió el Informe Contable N.º 272/2022, Letra: T.C.P.-S.C., incorporado a fojas 4399/4402, dirigido a la Vocalía de Auditoria considerando lo siguiente:

*" 2. Objeto*

*Elevar el análisis efectuado, mediante el Informe Contable N.º 268/2022 Letra: TCP-AOP obrante a fs. 4391/4398, suscripto por la Auditor Fiscal CP Esteban Sebastian TOVARES, en el marco del Control Posterior, reglamentado mediante la Resolución Plenaria N.° 122/2018, en relación a lo actuado en las presentes actuaciones.*

*3. Antecedentes y Análisis*

*A los efectos de no abundar y en honor a la brevedad, me remito a los antecedentes descriptos en el informe contable detallado en el título anterior.*

*No obstante lo antes expuesto, se considera oportuno destacar que el expediente de referencia fue intervenido por esta Secretaría Contable en el marco del Control Preventivo, con fecha 21/09/2021 dictándose la Disposición Secretaria Contable N.º 09/2021 agregada a fs. 4123/4125, en la que se mantienen las observaciones 1 y 2 plasmadas en el Acta de Constatación TCP N.° 48/2021 – AOP (Control Preventivo–IPVyH), obrante a fs. 4077/4081, del 18/08/2021.*

*Posteriormente, se solicitó al Instituto que las actuaciones sean remitidas nuevamente a este organismo en el marco de la Disposición SC N.º 09/2021 (s/Nota Externa N.º 736/2022 Letra: TCP-AOP del 05/04/2022, fs. 4343 vuelta) siendo giradas al área de GEOP con 4347 fojas el 07/04/2021, instruyendo al Grupo Especial de Obras Públicas que emita el acta de constatación pertinente, ya en el marco del control posterior, debiendo plasmar los incumplimientos que se detectasen, por lo que se labró el Acta de Constatación TCP N.º 71/2022 - AOP – Control Posterior del 06/07/2022 obrante a fs. 4351/4361, analizándose los reparos ya efectuados e*

*identificándose otros nuevos que han surgido de acuerdo a la última documental incorporada en esta segunda instancia analizada. Concluyéndose para el incumplimiento sustancial N.° 1, que: 'En virtud del análisis efectuado, se entiende que se ha dado cumplimiento a lo solicitado en Informe Legal N.° 241/2021 Letra: TCP-CA, por cuanto se puede interpretar que el Instituto se allanó a lo establecido en la Disposición de Secretaría Contable TCP N.° 09/2021' y para el incumpliendo sustancial N.° 2: 'De acuerdo a lo que surge de lo actuado, y teniendo en cuenta la sanción de la Ley Provincial N.° 1.408 de forma previa a la adjudicación de los diferentes renglones de la presente obra, se puede interpretar que la observación deviene en abstracta'.*

*Efectuándose un nuevo incumplimiento sustancial en instancias de control posterior que se transcribe a continuación:*

• *Incumplimiento Sustancial N.° 1: 'Con carácter de incumplimiento sustancial, se detectó -por un lado- que no se ha dado cumplimiento a lo estipulado en el punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones aprobado mediante Resolución IPVyH N.° 370/2021, por cuanto no consta en las actuaciones la emisión de las pólizas en concepto de Ejecución del Contrato de Obra y Anticipo Financiero previo a la firma del contrato, correspondiente a las empresas adjudicadas WALLNER DANIEL (Renglón I), JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

*Por otro lado, se verificó que la cláusula SEXTA de los Contratos de Obra Pública firmados por dichas contratistas estipula la presentación de las pólizas de manera posterior a la firma del contrato, modificando las condiciones establecidas en el pliego de bases y condiciones. Lo cual, no obstante lo establecido en el Punto 3.7. Documentos del Contrato – Orden de Prelación,*

*implicaría que el contrato no se ajusta al pliego, modificando una norma de rango inferior condiciones establecidas por una de rango superior.'*

*Cabe mencionar que no se efectúa observación del incumplimiento al procedimiento prescripto por la Resolución Plenaria N.º 01/2001, toda vez que el cuentadante se allanó a lo observado por este organismo de control.*

*4. Conclusión*

*Respecto del Incumplimiento Sustancial N.º 1, el que no ha sido subsanado, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 2 del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:*

*Normativa incumplida:*

*• Punto 3.6. Garantías de contrato y de anticipo financiero del Anexo I del Pliego de Bases y Condiciones, aprobado mediante Resolución IPVyH N.º 370/2021.*

*Actos administrativos:*

*• Contrato de obra pública N.º 30, celebrado con JLC CONSTRUCTORA SA (Renglón III).*

*• Contrato de obra pública N.º 31, celebrado con WALLNER DANIEL (Renglón I).*

*• Contrato de obra pública N.º 32, celebrado con PROYECTOS FUEGUINOS SRL (Renglón IV).*

*Agente responsable:*

*• Presidente Iris Leticia HERNÁNDEZ.*

*Presunto perjuicio fiscal: El incumplimiento normativo detectado, no permite presumir por sí solo la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4.*

*Por otra parte, se deja constancia que los incumplimientos formales detectados han sido incorporados en el 'Registro de Incumplimientos Formales' de la Delegación de control a los fines de detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria N.º 122/18 Anexo I, Acápite 1, Punto 1.1.1.*

*Sin otro particular elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de la referencia el que consta de 4402 fojas útiles."*

En esas condiciones, el Vocal de Auditoría, C.P. Hugo S. PANNI giró el expediente a la Secretaría Legal a sus efectos.

Como resultado de un primer análisis de la única observación sustancial al procedimiento de contratación y de las modificaciones a los contratos acreditadas en el expediente, el 26 de agosto de 2022, mediante la Nota Externa Ne 1877/2022, Letra: T.C.P.-S.L. (a fojas 4403) se le solicitó a la Presidenta del Instituto Provincial de Vivienda y Hábitat, Arq. Iris Leticia HERNÁNDEZ, que remitiera la actuaciones administrativas que contuvieran las garantías de ejecución del contrato y de anticipo financiero de las empresas WALLNER DANIEL (adjudicataria del Renglón I) JLC CONSTRUCTORA S.A. (adjudicataria del Renglón III) y PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (adjudicataria del Renglón IV).

En respuesta a tal requerimiento, el 1º de septiembre de 2022 se recibió, en la Mesa de Entradas del Tribunal de Cuentas, la Nota-PRE-2326-2022 del Instituto Provincial de la Vivienda (en adelante IPVyH), en la que el Vicepresidente, Arq. H. Alejandro RAMB, a fojas 4404/4420, manifestó:

*"Por medio de la presente me dirijo a Ud., en el marco de la Nota Externa N.º 1877/2022, Letra T.C.P.-S.L., a través de la cual se solicita remitir las actuaciones administrativas que contengan las garantías de cumplimiento de contrato y anticipo financiero de las empresas WALLNER DANIEL ANTONIO, JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL.*

*Al respecto, se señala que las pólizas de seguro de caución se encuentran incorporadas en el Expediente IPVyH N.º 1255/2020, caratulado 'REF. 54 VIVIENDAS – BARRIO MALVINAS ARGENTINAS – RÍO GRANDE', que fuera remitido el pasado 8 de agosto de 2022 al Sr. Auditor Fiscal del Tribunal de Cuentas, C.P. Esteban Sebastián TOVARES, mediante la NOTA-PRE-2070-2022.*

*Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado y a título de colaboración, se acompaña a la presente copia de las pólizas solicitadas en un total de diecisiete (17) fs. útiles incluida la presente.*

*Póliza de Seguro de Caución N.º 940.602 - Wallner Daniel Antonio*

*Póliza de Seguro de Caución en Garantía N.º 940.603: Wallner Daniel Antonio*

*Póliza de Seguro de Caución – Garantía N.º 273.531 – JLC Constructora*

*Póliza de Seguro de Caución – Anticipo N.º 273.538 - JLC Constructora*

*Póliza de Seguro de Caución - Garantía N.º 941.655 – Proyectos Fueguinos SRL*

*Póliza de Seguro de Caución - Garantía N.º 941.686 – Proyectos Fueguinos SRL"*

A partir de tales antecedentes se procede a realizar el siguiente análisis.

## II.- ANÁLISIS

En el Informe Contable N.º 272/2022, Letra: T.C.P.-S.C. se señaló un incumplimiento sustancial a partir de tres hechos:

1- Que las garantías de ejecución del contrato de las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL no estaban acreditadas en el expediente;

2- Que no se incorporaron en estas actuaciones los comprobantes de las garantías de anticipo financiero que habrían sido otorgado a las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL.

3. Que en los contratos firmados entre el IPVyH y las contratistas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL se modificaron las condiciones establecidas como excluyentes para la contratación en el punto 3º, inciso 6, del Pliego de Bases y Condiciones.

Atento que el Vocal de Auditoría requirió una intervención legal de manera previa a emitir opinión, se procederá al análisis de las actuaciones del siguiente modo:

En primer lugar, corroborar si las garantías de ejecución del contrato y de anticipo financiero estaban acreditadas en la versión impresa del expediente; luego, verificar si se modificaron las condiciones de contratación previstas en el pliego de bases y condiciones.

Como segundo paso, analizar si tales hechos constituyen incumplimientos sustanciales y, si ese fuese el caso, precisar cuáles serían las consecuencias jurídicas.

**II.1.- Sobre la ausencia de las garantías y la modificación de las condiciones de contratación establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones.**

De la verificación de las actuaciones resulta que, contrariamente a lo que se afirma en la Nota-PRE-2326-2022 del IPVyH, incorporada a fojas 4404/4420, no se acompañaron en el expediente impreso las garantías de ejecución del contrato y de anticipo financiero de las empresas WALLNER DANIEL; JLC CONSTRUCTORA SA y PROYECTOS FUEGUINOS SRL con la NOTA-PRE-2070-2022 del IPVyH (a fojas 4389), sino que los documentos que se adjuntaron fueron:

a) Modificación N.º 151/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 32-2022, suscripta el 1º de agosto de 2022 con el socio-gerente la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4381);

b) Modificación N.º 152/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 22-2022 , firmada el 1º de agosto de 2022 con el presidente de la constructora BESTAND S.A. (a fojas 4383);

c) Modificación N.º 153/2022 al Contrato de Obra Pública N.º31-2022, del 1º de agosto de 2022, pactada con el titular de la compañía WALLNER DANIEL ANTONIO (a fojas 4385);

d) Modificación N.º 156/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 30-2022, del 4 de agosto de 2022, estipulada con el presidente de la contratista JLC CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4387).

De allí que la ausencia de garantías denunciada por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P. (a fojas 4391/4398) estaría correctamente fundada en relación con las actuaciones impresas auditadas.

En cuanto a la modificación de las condiciones excluyentes para proceder a la contratación, puede corroborarse a fojas 84 vuelta y 85, que en el punto 3, inciso 6, de Pliego de Bases y Condiciones se establece:

*"Previo a la firma del contrato, el adjudicatario deberá constituir una Garantía mínima de cumplimiento de Contrato por un monto equivalente al cinco por ciento (5%) y una Garantía en concepto de devolución de anticipo financiero por un monto igual al treinta por ciento (30%) del monto del contrato.*

*Las Garantías de Ejecución de Contrato y Garantía de Anticipo Financiero que el adjudicatario debe constituir deberá ser presentada al Comitente dentro de los diez (10) días hábiles administrativos de efectuada la notificación de la adjudicación, caso contrario se dejará sin sin efecto la misma, por exclusiva culpa y responsabilidad de Empresa Adjudicada, la que por su incumplimiento no tendrá nada que reclamar al comitente."*

En el mismo sentido se verifica que en el artículo 3º de los actos administrativos en los que se define la adjudicación se intimó a las empresas adjudicadas a que en un plazo de cinco días presenten las garantías de cumplimiento de contrato (5% del contrato) y de anticipo financiero (30% del contrato) *"en concordancia al punto 3.6 del P.B. y C. Anexo I de la Resolución I.P.V. y H N.º 0370/2021"*, según el siguiente detalle:

a) Resolución RES-IPVyH-103-2022, del 17 de enero de 2022, a la empresa BESTAND S.A. (a fojas 4255/4256), notificada el 20 de enero de 2022;

b) Resolución RES-IPVyH-113-2022, del 20 de enero de 2022, a la empresa J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4260/4261), notificada el 20 de enero de 2022;

c) Resolución RES-IPVyH-146-2022, del 25 de enero de 2022, a la empresa WALLNER DANIEL ANTONIO (a fojas 4296/4297), notificada el 27 de enero de 2022;

d) Resolución RES-IPVyH-217-2022, del 3 de febrero de 2022, a la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4318/4319), notificada el 3 de febrero de 2022:

No obstante que tanto en el pliego como en los actos administrativos de adjudicación estaban claras las condiciones excluyentes de presentación de garantías antes de la firma del contrato, la única empresa que cumplió con dichos requisitos fue BESTAND S.A. (a fojas 4280/4283) y así se refleja en la cláusula sexta del contrato de obra pública registrado bajo el N.º 22/2022 del IPVyH (fojas 4300), que textualmente refiere:

*"SEXTA: LA CONTRATISTA afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 939.346, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 939.347, extendida por CHUBB Seguros Argentina S.A. que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)".*

A diferencia de la empresa cumplidora, en los casos de las otras tres adjudicatarias lo que se verifica es el apartamiento normativo señalado por el Auditor Fiscal. Es más, como confirmación de ello, puede comprobarse que en los restantes contratos la cláusula sexta establece condiciones distintas a la fijada en el pliego sin que exista, en principio, ninguna justificación en las actuaciones impresas.

Para confirmarlo, puede leerse que, en los casos de las empresas WALLNER DANIEL (a fojas 4315); J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. (a fojas 4326) y PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. (a fojas 4322), la cláusula sexta establece:

*"SEXTA. Previo al pago del anticipo financiero y dentro de un plazo perentorio e improrrogable de QUINCE (15) días de firmado el presente contrato, 'LA CONTRATISTA' deberá presentar póliza de seguro de caución por la suma equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra con el objeto de afianzar el fiel cumplimiento del presente contrato, y póliza de seguro de caución por la suma equivalente al TREINTA POR CIENTO (30%) en concepto de garantía de anticipo financiero, bajo apercibimiento de rescisión por incumplimiento".*

Es así que se corroboran los hechos señalados por el Auditor Fiscal a los que calificó de incumplimiento sustancial.

En lo que sigue se analizará si es posible modificar las condiciones del llamado a presentar ofertas, si los apartamientos normativos comprobados constituyen un incumplimiento sustancial y cómo afecta a la observación sustancial la nueva documentación acompañada.

## II.2.- Acerca de las modificaciones al pliego de condiciones generales

A propósito de las modificaciones de las condiciones del llamado y de la observación sustancial realizada, podría ser útil señalar que, en el Dictamen legal DIC-AL-222-2021 se consideró que el Pliego de Bases y Condiciones *"(…) tiene carácter de reglamento y ley para las partes, no se puede modificar, dado que el oferente ha resuelto su participación en base a las pautar regladas del mismo. Así, ante la Resolución IPVyH N.º 1721/21, se encuentra incursa en lo previsto por la Ley 141, art. 110 inc. c), por lo que corresponde que se aplique el art. 113 de la mentada norma"* (incorporado a fojas 4197/4198).

Parece prudente señalar, en esta instancia, que tal afirmación requiere de algunas precisiones.

En primer lugar, es claro -como señala el dictamen- que el pliego de bases y condiciones es una norma general dictada por quien ejerce la función administrativa y que tiene carácter reglamentario.

Ahora bien, siendo la potestad reglamentaria una actividad legislativa de la Administración, es pacífica la doctrina respecto de los alcances de esta atribución. El límite más evidente es el que impone la ley que habilita al dictado del reglamento, a la cual el acto administrativo no puede contrariar.

Además, si bien el reglamento y la ley son fuentes de derecho, el derecho que crean no tiene idéntico valor. Así como la norma legal no puede contradecir la Constitución, la ley es jerárquicamente superior al decreto y no puede ser derogada total o parcialmente por su reglamento.

En el mismo sentido, una resolución ministerial no puede contradecir o derogar un decreto reglamentario del titular del Poder Ejecutivo, ni una resolución de la Presidencia del IPVyH contrariar un decreto reglamentario del Gobernador o a la propia letra de la ley.

Este principio de jerarquía normativa, es uno de los valores más elementales del Derecho, se presume conocido por todos, no puede ser abrogado por decreto y su desconocimiento no podría ser invocado por los oferentes ni, mucho menos, por la Administración.

En segundo término, parece necesario distinguir que, aunque se presentan conjuntamente, el *"pliego de bases de licitación"* regula el procedimiento de selección y el *"pliego de condiciones"* regula las condiciones de ejecución del contrato, por ello es de buena técnica jurídica analizarlos por separado.

Considerando que en proceso de selección está formando la voluntad y aún no hay contrato, el pliego de bases de la licitación puede sufrir modificaciones antes de la apertura de los sobres siempre y cuando a dichas variaciones se les dé la misma publicidad que al llamado a presentar ofertas y se mantenga en un mismo plano de información y oportunidad a todos los potenciales interesados.

Es que resulta *"(…) razonable que los parámetros iniciales del pliego de bases y condiciones sufran diversas adecuaciones hasta llegar a los proyectos definitivos de la contratación, ello con fundamento en la magnitud de la operatoria, su alta complejidad técnica y la necesidad de interpretar las normas regulatorias del negocio de manera integral y armónica"* (Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, *"Follonier, Iván Leopoldo Matías c/ Municipalidad de San José s/ Demanda Contencioso Administrativa"*, sentencia del 4 de agostos de 2005).

Ahora bien, en virtud del principio de igualdad, una vez presentadas las postulaciones ya no se podrían modificar las condiciones que debían cumplir las ofertas, *"ya que la recepción de propuestas limita la facultad del licitante de modificar los actos publicados en el anuncio de licitación"* (PTN, Dictámenes: 197:15).

Es este sentido, es una doctrina judicial que: *"(…) no cabe admitir que una estipulación contenida en el pliego pueda cambiarse mediante un posterior acuerdo porque no puede entenderse que haya podido efectuarse válidamente después de la adjudicación sin ocasionar la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa; la contratación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas está viciada de ilegitimidad"* (Corte Suprema de Justicia, entre

otros, en los fallos *"Hotel Internacional Iguazú S.A. c/Estado Nacional"*, *"Radeljak, Juan Carlos c. Administración Nacional de Puertos"* y *"NECON c/ Dirección Nacional de Vialidad)"*.

Así, tanto a partir de la doctrina administrativa como las decisiones judiciales, es posible entender que el pliego de bases de la licitación puede modificarse antes de la presentación de las ofertas siempre que se mantenga en igualdad de información y condiciones a todos los potenciales interesados.

En un tercer momento, respecto de las condiciones de ejecución del contrato, resulta necesario analizar si es legalmente posible modificarlas en un contrato administrativo después de notificado el acto de adjudicación. Sobre este aspecto, se puede confrontar que la propia ley de Obra Pública lo considera posible (artículos 30, 38 y 53), incluso no resulta inhabitual que se aumenten o disminuyan las prestaciones contratadas o que se agreguen obras adicionales no previstas en el pliego.

Para comprender en profundidad esta atribución debería tenerse presente que, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Privado, quien ejerce la función administrativa goza del privilegio de poder modificar las condiciones de la contratación cuando esté en juego el interés público, la alteración que se realiza sea una razonable adecuación de medios a fines, no se modifique el objeto del contrato y no se afecte el equilibrio financiero del contratista.

Sobre esta facultad ya se ha manifestado el Tribunal de Cuentas, haciendo propia la opinión pacífica de la doctrina, considerando que *"El ius variandi permite a la Administración imponer unilateralmente modificaciones al contrato, el mismo es una potestad administrativa"* (Resolución Plenaria N.º 138/2016).

En el mismo sentido, en sede judicial se ha sentenciado que *"el Estado goza de diversas prerrogativas exorbitantes del Derecho Privado, entre*

*las cuales cobra especial relevancia en el sub lite la facultad de modificar unilateralmente las condiciones del contrato por razones de interés público — conocida tradicionalmente como ius variandi— con el único límite de no afectar su sustancia"* (Cámara Nacional en lo Contencioso-Administrativo, Sala IV, *"Ahumada Rosa Martina v. PEN, ley 25.561 decs. 1570/2001, 214/2002 y 471/2002 s/amparo ley 16.986*", sentencia del 14 de diciembre 2004).

Además, en sede administrativa se ha dicho que para el ejercicio de esta facultad *"es imprescindible que exista un cambio objetivo de circunstancias que justifique su ejercicio a la luz del interés público comprometido. En cuanto a los límites de la potestas variandi cabe poner de resalto que por sobre todo debe preservarse la finalidad del contrato. Las modificaciones no pueden desnaturalizar la sustancia del contrato a un punto tal que este termine teniendo un nuevo objeto. Deben, asimismo, ser necesarias, cualquiera hubiese sido el contratista seleccionado. Dicho en otros términos, las modificaciones deben ser objetivamente necesarias"* (Procuración del Tesoro CABA, Dictámenes 11745297-DGTALET-2020 IF-2020-11840302-GCABA-PG).

Por esta vía, en este Cuerpo de Abogados se informó que *"la Administración es titular de facultades exorbitantes, admitiendo de esta manera que de conformidad con la aplicación del ius variandi se modifique el contrato, ello impulsado por razones objetivas y sin alterar el objeto ni el fin del contrato"* (Informe Legal N° 123/2018 Letra T.C.P. - C.A., en el marco del Expediente N° 13759 Letra: MS Año: 2015 del registro de la Gobernación de la Provincia, caratulado; *"s/CONTRATACIÓN DE LOCACIÓN DE SERVICIOS DE ESPECIALISTAS EN TERAPIA INTENSIVA PEDIÁTRICA, PARA EL HOSPITAL REGIONAL USHUAIA"*).

Ahora bien, aceptado que la Administración puede modificar las condiciones del contrato, también es necesario considerar que no puede ejercer este poder de manera arbitraria, sino que por el contrario, su actuación está sometida al principio de legalidad.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sentenció: *"(...) En materia de contratos públicos, así como en los demás ámbitos en los que desarrolla su actividad la Administración Pública, ésta se halla sujeta al principio de legalidad, cuya virtualidad propia es la de desplazar la plena vigencia de la regla de la autonomía de la voluntad de las partes y someterla a contenidos impuestos normativamente, de los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas a disponer sin expresa autorización legal, y en virtud de ese mismo principio no corresponde admitir que, por su condición de reglamentos, la previsiones de los pliegos de condiciones generales puedan prevalecer sobre normas de rango legal, ya que el sentido, validez e incluso la eficacia de las primeras quedan subordinadas a lo establecido en la legislación general aplicable al contrato que los pliegos tienen por finalidad reglamentar"* (causa *"Espacio S.A. c/Ferrocarriles Argentinos"*, Fallos: 316; 3157).

Esta doctrina judicial se ha reiterado de manera consistente y coherente, en las causas *"Rincón de los Artistas c/ Hospital Posadas"*, Fallos: 327:3677, y *"Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN -PJN y otro"* Fallos: 343;1457.

En definitiva, a diferencia de la opinión vertida en el Dictamen legal DIC-AL-222-2021 incorporado a fojas 4197/4198, a partir del bloque de juridiciad, incluyendo la jurisprudencia y los antecedentes administrativos arriba reseñados, cabría concluir que:

1º) El pliego de bases y condiciones es una norma jurídica general subordinada a la ley habilitante, de ahí que en el caso en que hubiese una contradicción entre ambas, ha de estarse por las prescripciones de la norma legal;

2º) Es posible modificar el Pliego de Bases y Condiciones siempre que esté comprometido el interés general, exista un cambio objetivo de circunstancias que así lo justifique, que no se desnaturalice el objeto del contrato y que la modificación se realice dentro de los límites fijados en la ley.

**II.3.- Sobre la calificación de los apartamientos normativos detectados.**

Como ya se analizó en el punto II.1., al momento de realizar el Informe Contable N.º 268/2022, Letra T.C.P.-A.O.P., (a fojas 4391/4398), no constaban en el expediente impreso las garantías de cumplimiento del contrato y de anticipo financiero de las empresas adjudicatarias WALLNER DANIEL, J.L.C. CONSTRUCTORA S.A. y PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. y con ello se incumplió con el requisito previsto en el punto 3.6 del Pliego de Bases y Condiciones.

Considerando que la Resolución Plenaria N.º 122/2018 definió que son incumplimientos sustanciales aquellos "*incumplimientos y faltas graves que podrían traer aparejado un perjuicio al erario público*", y que tanto la falta de garantías de cumplimiento del contrato y del anticipo financiero, así como las modificaciones injustificadas de las condiciones del contrato tendrían la potencialidad de generar perjuicio fiscal, debería tenerse por debidamente justificada la observación.

Ahora bien, a partir de la documentación incorporada a partir del 1º de septiembre de 2022 en el expediente impreso (a fojas 4404/4420) lo que se verifica es que:

1. El 25 de enero de 2022, la empresa WALLNER DANIEL habría contratado con la ALBA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las

Pólizas de Seguro de Caución N.º 940.602 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4405/4406); y N.º 940.603 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4407/4409).

2. El 26 de enero de 2022, la empresa JLC Constructora habría contratado con la empresa BERKLEY ARGENTINA SEGUROS, las Pólizas de Seguro de Caución N.º 273.531 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4409/4412); y N.º 273.538 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4413/4416) .

3. El 25 de enero de 2022, la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L. habría contratado con la ALBA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., las Pólizas de Seguro de Caución N.º 941.655 como garantía de ejecución del contrato (copia a fojas 4417/4418); y N.º 941.686 como garantía de anticipo financiero (copia a fojas 4419/4420).

De allí que, si se considera, por un lado, que en un negocio jurídico la acción que se debe realizar es el elemento sustancial o material, y que las condiciones respecto de cuándo y cómo debe realizarse son los aspectos formales, adjetivos del mismo; y, por otro, que en este caso concreto la acción material que debía realizarse era garantizar el cumplimiento de los contratos y los anticipo financieros; entonces, a partir de la nueva documentación acreditada, podría sostenerse razonablemente que se habría subsanado el incumplimiento sustancial señalado por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P.

En el mismo sentido, debería señalarse que:

1. A fojas 4381, el 1º de agosto de 2022 se firmó la Modificación N.º 151/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 32-2022, con el socio-gerente la empresa PROYECTOS FUEGUINOS S.R.L., en la que se estableció: *"(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del*

*contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 941.655, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 941.686, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)".*

2. A fojas 4385, el 1º de agosto de 2022 se suscribió con el titular de la compañía WALLNER DANIEL ANTONIO la Modificación N.º 153/2022 al Contrato de Obra Pública N.º31-2022, (a fojas 4385), en la que estableció: *"(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 940.602, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima, que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra. Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 940.603, extendida por ALBA Compañía Argentina de Seguros Sociedad Anónima que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)".*

3. A fojas 4387, el 4 de agosto de 2022 se rubricó la Modificación N.º 156/2022 al Contrato de Obra Pública N.º 30-2022, estipulada con el presidente de la contratista JLC CONSTRUCTORA S.A., en la que se fijó: *"(…) 'LA CONTRATISTA' afianza el fiel cumplimiento del contrato mediante la póliza de seguro de caución N.º 273.531, extendida por Berkley International Seguros S.A., que cubre el CINCO POR CIENTO (5%) del importe total de la obra.*

*Asimismo garantiza el primer pago en concepto de anticipo financiero median la póliza de seguro de caución N.º 273.538, extendida por Berkley International Seguros S.A. que cubre el TREINTA POR CIENTO (30%) del importe total de la obra (…)".*

A partir de ello, se puede inferir que no obstante que la presentación de las garantías requeridas fue tardía y que la cláusula del contrato original contrariaba las condiciones previstas en el pliego, resultaría que ambos apartamientos estarían subsanados y que tales inconductas ya no tendrían la virtualidad de generar perjuicio fiscal, por ello sólo ostentarían el carácter de incumplimientos formales.

Ello no quita que, aunque subsanado, en los hechos se verificó un grave apartamiento normativo, afectando el principio de igualdad de los postulantes. A partir de ello, se sugiere evaluar la posibilidad de recomendar a la titular del Instituto Provincial de la Vivienda y Hábitat extremar los recaudos para que estas acciones no se repitan en el futuro, bajo apercibimiento de que, en caso de reincidir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50.

## III. CONCLUSIÓN

Como consecuencia de lo expuesto en este informe, se podría concluir lo siguiente:

1º) El pliego de bases y condiciones es una norma jurídica general subordinada a la ley habilitante, de ahí que en el caso en que hubiese una contradicción entre ambas, ha de estarse por las prescripciones de la norma legal;

2º) Es posible modificar el Pliego de Bases y Condiciones siempre que a) esté en juego el interés público; b) exista un cambio objetivo de circunstancias que así lo justifique; c) no se desnaturalice el objeto del contrato; d) no se afecte

el equilibrio financiero del contratista; y e) que la modificación se realice dentro de los límites fijados en la ley.

3º) En este caso en concreto, se verificaron tanto la falta de presentación de garantías de cumplimiento del contrato y del anticipo financiero antes de la firma del contrato, como las modificaciones injustificadas de las condiciones del pliego de bases y condiciones.

4º) Considerando que estas inconductas tienen la potencialidad de generar perjuicio fiscal, debería considerarse la observación sustancial realizada por el Auditor Fiscal en el Informe Contable N.º 268/2022, Letra: T.C.P.-A.O.P., estaba justificada de acuerdo a la versión impresa del expediente.

5º) No obstante que la observación del Auditor Fiscal estaría justificada a la fecha en la que se realizó, a partir de la nueva documentación acreditada a fojas 4404/4420, en la que se acompañaron copias de las garantías requeridas, podría sostenerse razonablemente que se habría subsanado el incumplimiento sustancial.

6º) Si bien la inconducta habría sido subsanada, los hechos se verificó un grave apartamiento normativo en el que se afectó el principio de igualdad de los postulantes. A partir de ello, se podría evaluar la posibilidad de recomendar a la titular del Instituto Provincial de la Vivienda y Hábitat que extreme los recaudos para que estas acciones no se repitan en el futuro, bajo apercibimiento de que, en caso de reincidir, se ejerzan las atribuciones del inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N.º 50.

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