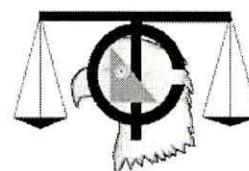




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

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

USHUAIA, 18 NOV 2021

VISTO: el Expediente del registro de este Tribunal de Cuentas N° 292/2021 Letra: TCP-SP, caratulado: "S/ MULTA A LA MINISTRO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS PROF. MARÍA GABRIELA CASTILLO – EXPTE. N.º 15239/21 MOYSP – RES. PLENARIA N.º 264/2021"; y,

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones del Visto vienen para intervención de este Plenario de Miembros a fin de resolver el recurso de reconsideración interpuesto por la Ministra de Obras y Servicios Públicos Prof. María Gabriela CASTILLO, contra la Resolución Plenaria N° 264/2021, por la que se le impuso una sanción de multa por haber incumplido las disposiciones de las Resoluciones Plenarias N° 01/2001 y N° 06/2020 que reglamentan el control externo sobre las licitaciones del Estado.

Que el mencionado recurso fue analizado por el Dr. Luis Mario GRASSO del Cuerpo de Abogados de este Tribunal, en su Informe Legal N.º 328/2021 Letra: TCP-CA (fs. 56/62), el que textualmente dice en su parte pertinente:

"(...) ANÁLISIS

II.1- Del Procedimiento Administrativo

El artículo 127 de la Ley provincial N.º 141 dispone que el recurso de reconsideración procede contra todo acto administrativo definitivo, o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado, y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un interés y que debe interponerse

N (M)

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

dentro de los diez (10) días de notificado el acto, ante el mismo órgano que lo dictó.

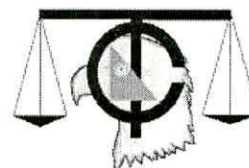
Teniendo presente que la Resolución Plenaria N.º 264/2021 fue notificada el 6 de octubre de 2021 (a fojas 30/31) y que el recurso contra ella fue recibido en este Organismo de Control el 26 de octubre de 2021 a la 9.20 hs., en el undécimo día hábil pero dentro de las dos horas de gracia, entonces no habría obstáculo alguno para su tratamiento.

Además de verificar que la presentación haya sido realizada dentro del plazo legal, es oportuno precisar que el recurso de reconsideración es un remedio procesal definido 'como aquel que, regulado por el Derecho Administrativo, realiza quien alega un derecho subjetivo o interés legítimo (conforme con la legitimación exigida por la letra del RNPA), con el fin de requerir a la autoridad administrativa, dentro del plazo fijado, la extinción o sustitución, total o parcial, de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de oportunidad, mérito o conveniencia' (COMADIRA, Julio R. y ESCOLA, Héctor J. 'Curso de Derecho Administrativo', Abeledo Perrot, 1ª reimpresión de la 1ª Edición, Bs. As., 2017, Tº II, pág. 1238).

Profundiza el análisis el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA señalando que 'la nota característica de los recursos es su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual las distingue de las peticiones, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo y de las quejas ... que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino que sólo se corrijan en el curso del mismo procedimiento (...) ' (GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ, 'Curso de Derecho Administrativo', Tomo II, Ed. Civitas, 1981, págs. 435-436)



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

“2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

En definitiva, los recursos administrativos son una facultad o un derecho, que ejerce la persona afectada en defensa de uno de sus derechos sustanciales, en contra de lo dispuesto en un acto administrativo.

La consecuencia lógica es que quien ejerce la función administrativa revise su propio acto, ‘revocándolo o modificándolo cuando ha vulnerado, desconocido o incumplido un derecho subjetivo o un interés legítimo, por un lado, y por otro, para restablecer el imperio de la legalidad transgredida por una conducta ilegítima de la propia administración’ (DROMI, Roberto ‘El procedimiento administrativo’, Ed. Ciudad, Buenos Aires, 1996, pág. 256).

Ahora bien, en este caso en concreto, la Prof. María Gabriela CASTILLO no cuestiona la legalidad del acto sancionatorio ni la del procedimiento seguido para dictarlo. Por el contrario, reconoce: a) estar sometida a la competencia del Tribunal de Cuentas; b) que el Organismo de Control tiene la atribución para establecer los procedimientos del control; y c) que incumplió con tales normas.

Su pretensión es que el Tribunal de Cuentas acepte como hecho exculpatorio a la caída de nieve a fines de mayo en la ciudad de Ushuaia.

Así las cosas, ha de concluirse que debe habilitarse la vía recursiva y que los argumentos presentados por la sancionada no deberían modificar lo resuelto por el Plenario de Miembros.

II.2. El control externo de la función administrativa es actividad reglada.

La Prof. María Gabriela CASTILLO fue sancionada por notificar la Resolución M.O.yS.P. N.º 244/2021 incumpliendo las normas del control preventivo que realiza el Tribunal de Cuentas sobre los actos administrativos en los que se vean comprometidos fondos públicos.

Tal y como ya se analizó exhaustivamente en el Dictamen Legal N.º 32/2021, Letra: T.C.P.-A.L., incorporado a fojas 18/28, el bloque normativo aplicable al caso está conformado por el artículo 166, inciso 2º) de la Constitución Provincial, los artículos 2º, 4º, 26, 30 y 32 de la Ley provincial N.º 50, el Decreto provincial N.º 1917/1999 y las Resoluciones Plenarias N.º 1/2001; N.º 9/2016; N.º 123/2016; N.º 18/2018 N.º 122/2018 y N.º 6/2020.

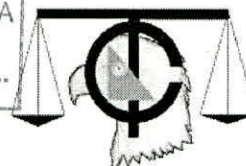
A propósito de ello, es doctrina judicial que:

‘Queda claro, entonces, que si la ley orgánica del Tribunal de Cuentas por un lado lo autoriza a requerir rendiciones de cuentas a todos aquellos agentes que tengan la responsabilidad o intervengan en tareas de recaudación, percepción, transferencia, inversión, pago, administración o custodia de fondos, valores u otros bienes del Estado Provincial, obligando a éstos a rendirlas; y por otro, le atribuye la posibilidad de aplicar sanciones y multas (hasta del 80 % del sueldo) en caso de no presentación de las rendiciones requeridas, como también aplicar multas cuando se autorizan o realizan gastos y compras en contravención de normas legales y le prescribe la remisión de copias a las autoridades que correspondan para el inicio de sumario administrativo cuando no se acrediten daños pero sí actos irregulares (arts. 4, 33, 37, 44 y 72, ley 50), la conducta del accionante y la multa aplicada (10% de su remuneración) han sido correctamente encuadradas por la resolución 255/95.

De otro modo, no se comprende cuál es el sentido de la intervención del organismo frente a la no presentación o presentación irregular o la autorización de gastos en infracción de las normas legales que los reglan aun cuando no resulte daño patrimonial. Ni se comprende tampoco cuál sería el sentido de la autorización para aplicar sanciones y multas a la par de los cargos que se formulen por daños -y de las sumas a las que se condene a los responsables luego del juicio de responsabilidad- si concluimos con que no



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

“2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

resulta factible sancionar infracciones palmarias del ordenamiento por la sola circunstancia de no haberse acreditado perjuicio.

No es posible considerar la creación de normas para que no se cumplan, ya que tal incumplimiento deviene siempre antijurídico, siendo título bastante para crear la consecuente sanción.

Todas las disciplinas de la ciencia del derecho tienden a establecer reglas sobre las consecuencias que produce la antijuridicidad, y la Administración, en cuanto poder jurídico, establece, como consecuencia de esta facultad, la sanción administrativa consustancial con el ejercicio jurídico de la actividad administrativa.

Dado lo antijurídico el legislador establece la norma sanción; no hay sanción sin la existencia del hecho antijurídico, lo que es muy distinto a sostener la tesis subjetivista: no hay sanción sin culpa. Hay muchas clases de sanciones administrativas sin necesidad de la presencia de culpa, pero sí, necesariamente que exista el ilícito o antijuridicidad: la falta. Pues, quien tiene poder para controlar la actividad económico financiera de los tres poderes, debe tener lógicamente poder para reglar la conducta de sus responsables y debe tener lógicamente poder para castigar las infracciones y mantener en orden dicha actividad’ (Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: ‘Muñoz, Fernando Jorge c/ Tribunal de Cuentas Provincial s/ Contencioso Administrativo’, Expediente N.º 367/1997, sentencia del 30 de junio de 1999, reiterado en ‘Tedoldi, Oscar c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Recurso de Apelación’, Expediente N.º 915/1999- SDO, sentencia del 11 de abril de 2001).

Así resulta claro que existe un plexo jurídico con sustento constitucional que predetermina una conducta concreta que los funcionarios

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

deben observar: la de enviar al Tribunal de Cuentas los actos administrativos que aprueban y adjudican el contrato, una vez que han sido emitidos y previo a que sean notificados, en todas las licitaciones estatales.

Es claro que, siendo el control una actividad reglada, no queda margen para la apreciación subjetiva y la oportunidad del cumplimiento de la obligación no puede quedar librado a su arbitrio. El fundamento es claro: no puede el funcionario controlado decidir cuándo y cómo actuará el Tribunal de Cuentas.

Incluso, los cuentadantes pueden optar por solicitar la excepción al control preventivo, procedimiento sumarísimo previsto en la Resolución Plenaria N.º 123/2016, que resuelve la petición dentro de las 48 horas y ha sido utilizado por la Prof. Gabriela CASTILLO en numerosas ocasiones.

Ahora bien, en el recurso que presenta la señora Ministra no se cuestiona la competencia del Tribunal de Cuentas ni las normas del control externo y tampoco se objeta el trámite administrativo que desembocó en la sanción. Por el contrario, la funcionaria reconoce las regulaciones del control que establecen el tipo, el hecho antijurídico, el nexo causal y que durante el procedimiento sancionatorio hubo oportunidad de ejercer el derecho de defensa, pero argumenta que la nevada del 25 de mayo de 2021 la liberó de su obligación.

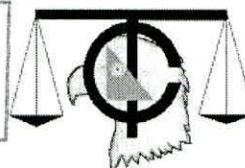
A fojas 40/41 sostiene:

‘(...) se informa en momento alguno fue intención evadir los controles de ese Órgano sino que existieron razones que ameritaban ser atendidas de manera urgente que llevaron a la adjudicación de la contratación y su notificación para que prestara el servicio.

En efecto, tal puede verificarse de las actuaciones del expediente de Licitación Privada seguía su curso normal y habitual de procedimiento y era de



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

“2021 – AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

esperar que así continuara. Puede observarse mediante la simple constatación de las fechas que el mismo ingresó el día 21 de mayo a la Unidad de Auditoría Interna (día viernes) y que el informe de dicha Unidad fue emitido en fecha 25 de mayo del corriente, dato que cobra relevancia en razón de que se trataba de días que comprendían fin de semana y feriados.

De lo antedicho surge que se estuvo trabajando contra reloj para poder adjudicar la contratación, que no obstante de haber sido día inhábil administrativo el día en que se efectuó la adjudicación la premura se debió a las condiciones meteorológicas imperantes y que de haberse efectuado dilaciones no se hubiera podido prestar el servicio a la sociedad, razón que se considera atendible y por la cual no se dio cumplimiento al control preventivo previsto la Resolución Plenaria N.º 1/2001 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, situación que posteriormente fue puesta en conocimiento en oportunidad que se efectuara el descargo (...)’

Contrariamente a lo afirmado por la recurrente, al verificar los hechos resulta mientras la nevada en la ciudad de Ushuaia era previsible y que hay múltiples servicios meteorológicos que lo anticiparon semanas antes, el sentido de la Ordenanza Municipal N.º 3567 (citada como fundamento de la licitación) es liberar las veredas de nieve, hielo y escombros para que puedan circular las personas.

Ahora bien, téngase presente que el bien jurídico perseguido por la Municipalidad se trataba de una actividad que estaba vedada con motivo de la pandemia COVID 19, ya que el Poder Ejecutivo provincial había dispuesto el cierre de los edificios públicos, la gestión digital de los trámites administrativos y el trabajo remoto de los empleados públicos.

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

En cuanto a la licitación privada, se puede confrontar que se inició el 18 de marzo 2019, dos meses y medio antes de la precipitación en la que la recurrente pretende escudarse.

El resto del procedimiento (publicación, difusión e invitaciones) continuó sin inconvenientes. También se puede comprobar que la apertura de ofertas fue el 22 de abril y que la Comisión Evaluadora emitió su dictamen el 28 de abril. **Desde esa fecha hasta el 21 de mayo el expediente estuvo a disposición de la sancionada.**

Es claro que el período que transcurrió desde la apertura de ofertas hasta la adjudicación, casi un mes (del 28/04 al 25/05), es un plazo suficiente para pedir la excepción al control preventivo o para adjudicar y remitir las actuaciones al Tribunal de Cuentas.

Para ser más preciso: la mitad de la vida del expediente en el que se tramitó el procedimiento de selección estuvo paralizado a la espera de que la sancionada adjudicara el contrato.

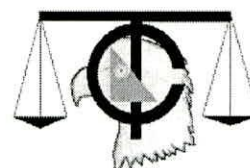
Incluso, como alternativa, la sancionada tuvo oportunidad de notificar al Organismo de Control que había alguna situación especial que ameritaba un trato distinto a los previstos, o inclusive en una instancia anterior, llevar adelante procedimientos de contratación extraordinarios que no se encuentran en principio sujetos al control preventivo de este Órgano (urgencia).

Así, puede verse que no se cumplen los recaudos esenciales para que prospere la excusa: que el hecho fuera imprevisible e inevitable. Es de público y notorio conocimiento que la nevada en Tierra del fuego era previsible y que la norma de control es conocida por la sancionada.

De ello se concluye que la 'premura' fue generada por la propia Ministra y que el incumplimiento de las normas de control era evitable siendo



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

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

eficiente en el cumplimiento de sus funciones y adjudicando el contrato desde el momento en que estuvo a su disposición; c) que aún en el caso de inacción en la tramitación, la Prof. CASTILLO tenía otros remedios jurídicos, como la excepción al control preventivo o una simple misiva informando de la situación.

Téngase presente que para que prospere el pedido de exculpación por caso fortuito o fuerza mayor, el hecho debió ser imprevisible e inevitable. Además, la autora debería haber sido totalmente ajena al hecho y acreditado en el expediente que hizo todos los esfuerzos que razonablemente se le pudieran exigir.

Imprevisible es un hecho 'que un hombre de mediana prudencia no tiene por qué suponer que pueda ocurrir, pues los individuos sólo están obligados a prever lo razonable' (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo, Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, en los autos caratulados 'BARRIOS Delia Griselda c/PEREZ CASTILLO Juan Carlos y otra s/ DAÑOS y PERJUICIOS', Expediente N° 9270/2019, sentencia del 10 de septiembre de 2020).

A propósito del recurso que se analiza, se puede afirmar sin temor que cualquier persona de mediana prudencia puede prever que en Ushuaia va a nevar entre mayo y septiembre.

En el mismo sentido, lo razonable ante este tipo de contrataciones, es verificar el pronóstico del clima y actuar en consecuencia, pues se si espera a que ocurra la precipitación para contratar una cuadrilla de limpieza de veredas, será tarde para cumplir cualquier procedimiento de control.

En cuanto a lo inevitable, desde antaño se tiene dicho: 'para que se dé el caso de fuerza mayor el obstáculo debe ser absoluto. La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es necesario que

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

se configure una verdadera imposibilidad’ (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, fallo ‘Astramar Cía. de Navegación S.A. v. Empresa Líneas Marítimas Argentinas’, del 14 de abril de 1983).

De las fechas constatadas en el expediente y de los propios hechos invocados por la recurrente se desprende que era previsible y posible adjudicar el contrato antes de que la ‘premura’ por ella misma generada dificultara cumplir con las normas de control. Sumado a ello, si fue posible remitir las actuaciones a la Unidad de Auditoría Interna el 21 de mayo de 2019, también era posible informar al Tribunal de Cuentas; sin embargo se decidió obviar la competencia del Órgano Constitucional de Control sin justificativo alguno.

Una última cuestión merece atención; nótese que una solución contraria a la aquí propuesta, es decir que la exculpe de la sanción impuesta, llevaría al absurdo de permitir evadir justificadamente el control al controlado ante hechos previsibles como las nevadas en esas fechas (más allá de lo incierto de la fecha de acaecimiento), puesto que simplemente deberá demorar lo suficiente hasta el momento que sea urgente y necesaria la adjudicación, para sortear el control de este Organismo, al justificar con ello la premura de la contratación y la evasión del control.

III. CONCLUSIÓN

Tanto la Constitución Provincial como la Ley provincial N° 50 y los fallos del Superior Tribunal de Justicia establecen que la rendición de cuentas es actividad administrativa reglada y quien se aparte de lo normado o entorpezca el control del Tribunal de Cuentas puede ser sujeto de sanciones.

En estas actuaciones, a partir de los antecedentes administrativos y del propio recurso presentado por la Prof. María Gabriela CASTILLO, resulta que la funcionaria sancionada conocía las normas que regulan en control



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

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

externo de las contrataciones estatales, en qué momento debía remitirlas al Tribunal de Cuentas y cuáles eran las consecuencias de incumplirlas.

Asimismo, se confirma que tuvo conocimiento de las observaciones sustanciales realizadas por el Auditor Fiscal y oportunidad para realizar el descargo.

En consecuencia, de su presentación se desprende que el trámite administrativo sancionatorio fue regular y que no se cuestiona la legitimidad de la Resolución Plenaria N° 264/2021, como prevé el artículo 127 de la Ley provincial N° 141, sino que intenta eximirse de su responsabilidad mediante una causa de justificación: la caída de nieve del 25 de mayo de 2021.

Sin embargo, a partir del propio escrito impugnatorio y de los antecedentes administrativos, resulta que: a) el expediente estuvo en condiciones de ser resuelto más de tres semanas antes del caso fortuito o fuerza mayor invocado; b) las condiciones climáticas eran previsibles; y c) los incumplimientos a las normas de control eran evitables.

En definitiva, considerando que la conducta debida era adjudicar en tiempo el contrato y cumplir con las normas de control (en su defecto, pedir la excepción o notificar al Tribunal de Cuentas de la situación), se puede afirmar que el evento que causó el resultado antijurídico no fue el clima sino la inacción de la sancionada.

Así, no se verifica en el recurso de reconsideración analizado ningún elemento que conmueva los fundamentos de la Resolución Plenaria N° 264/2021, acto administrativo que debería ser confirmado en todos sus términos (...).

Que el Dictamen Legal precedentemente transcrito fue compartido por el Secretario Legal a/c, Dr. Pablo E. GENNARO mediante la Nota Interna N° 2763/2021 Letra: TCP-SL obrante a fs. 63.

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

Que este Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Legal N.º 328/2021 Letra: TCP-CA y en su mérito, corresponde rechazar el recurso de reconsideración impetrado contra la Resolución Plenaria N.º 264/2021.

Que el Vocal Contador C.P. Luis María CAPELLANO no suscribe la presente de conformidad a lo dispuesto en la Resolución Plenaria N.º 324/2021.

Que los suscriptos se encuentran facultados para dictar el presente en función de lo previsto por los artículos 1º, 2º, 27 y concordantes de la Ley provincial N.º 50 y sus modificatorias y por el artículo 127 y concordantes de la Ley provincial N.º 141.

Por ello:

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

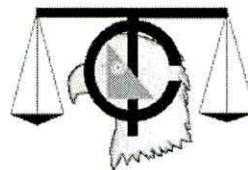
ARTÍCULO 1º.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal N.º 328/2021 Letra: TCP-CA, por los motivos expuestos en los considerandos de la presente.

ARTÍCULO 2º.- Rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la Ministra de Obras y Servicios Públicos Prof. María Gabriela CASTILLO, contra la Resolución Plenaria N.º 264/2021, por los motivos expuestos en los considerandos.

ARTÍCULO 3º.- Notificar con copia certificada de la presente a la Ministra de Obras y Servicios Públicos Prof. María Gabriela CASTILLO, haciéndole saber que ha agotado la instancia administrativa, quedando expedita la vía judicial por el término de noventa (90) días contados a partir del día siguiente de su notificación, en virtud de lo dispuesto en los artículos 70º inc. b) y 77º de la Ley provincial N.º 50 y artículos 7º inc. a), 15 y 24 de la Ley provincial N.º 133.



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



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

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

ARTÍCULO 4°.- Notificar en este Organismo, a la Secretaria Legal Subrogante Dra. María Julia DE LA FUENTE y por su intermedio al Abogado dictaminante; y al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable C.P. David Ricardo BEHRENS.

ARTÍCULO 5°.- Registrar. Comunicar. Publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 330 /2021.

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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

Informe Legal N° 328/2021

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

Cde.: Expte TCP-SP-292-2021

Ushuaia, 29 de octubre de 2021

AL SECRETARIO LEGAL A/C

DR. PABLO E. GENNARO

Viene al Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro del Tribunal de Cuentas, caratulado: “S/MULTA A LA MINISTRO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS PROF. MARÍA GABRIELA CASTILLO – EXPTE. 15239/21 MOYSP-RES. PLENARIA N° 2064/2021” a fin de emitir un Informe Legal en el marco del Recurso de Reconsideración (artículo 127 de la Ley provincial N° 141).

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se originaron en la Resolución Plenaria N° 264/2021, del 4 de octubre de 2021, que dispuso aplicar una sanción a la Prof. María Gabriela CASTILLO por haber incumplido las Resoluciones Plenarias N° 01/2001 y N° 06/2020 que reglamentan el control externo aplicable a las licitaciones estatales.

La penalidad, equivalente al 5% de las remuneraciones brutas mensuales que la sancionada percibe como Ministra de Obras y Servicios

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

Públicos, fue establecida en ejercicio de las atribuciones establecidas en el inciso h) del artículo 4º de la Ley provincial N° 50, reglamentado por el Decreto provincial N° 1917/1999, en el que se faculta al Órgano de Control a: *“Apercibir y aplicar multa de hasta el diez por ciento (10%), del sueldo nominal del responsable por desobediencia a las resoluciones fundadas sobre requerimiento de documentación y/o transgresiones a las disposiciones legales y/o reglamentarias, estipuladas en la ley 50, artículo 4º, incisos c) y f), Artículos 33, 34, 40 y 44, sin perjuicio de otras sanciones estipuladas en dicha ley”*.

Como seguidamente se verá, el tipo previsto aplicable al caso (no discutido por la sancionada) es la trasgresión a las disposiciones legales y reglamentarias.

II. ANÁLISIS

II.1- Del Procedimiento Administrativo

El artículo 127 de la Ley provincial N.º 141 dispone que el recurso de reconsideración procede contra todo acto administrativo definitivo, o que impida totalmente la tramitación del reclamo o pretensión del administrado, y contra los interlocutorios o de mero trámite que lesionen un interés y que debe interponerse dentro de los diez (10) días de notificado el acto, ante el mismo órgano que lo dictó.

Teniendo presente que la Resolución Plenaria N.º 264/2021 fue notificada el 6 de octubre de 2021 (a fojas 30/31) y que el recurso contra ella fue recibido en este Organismo de Control el 26 de octubre de 2021 a la 9.20 hs., en



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”
el undécimo día hábil pero dentro de las dos horas de gracia, entonces no habría
obstáculo alguno para su tratamiento.

Además de verificar que la presentación haya sido realizada dentro del
plazo legal, es oportuno precisar que el recurso de reconsideración es un remedio
procesal definido *“como aquel que, regulado por el Derecho Administrativo,
realiza quien alega un derecho subjetivo o interés legítimo (conforme con la
legitimación exigida por la letra del RNPA), con el fin de requerir a la autoridad
administrativa, dentro del plazo fijado, la extinción o sustitución, total o parcial,
de un acto administrativo (en sentido lato) por razones de legitimidad o bien de
oportunidad, mérito o conveniencia”* (COMADIRA, Julio R. y ESCOLA, Héctor
J. *“Curso de Derecho Administrativo”*, Abeledo Perrot, 1ª reimpresión de la 1ª
Edición, Bs. As., 2017, Tº II, pág. 1238).

Profundiza el análisis el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA señalando
que *“la nota característica de los recursos es su finalidad impugnatoria de actos
o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual las
distingue de las peticiones, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto
nuevo y de las quejas ... que no persiguen la revocación de acto administrativo
alguno, sino que sólo se corrijan en el curso del mismo procedimiento (...)”*
(GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNANDEZ, *“Curso de Derecho
Administrativo”*, Tomo II, Ed. Civitas, 1981, págs. 435-436)

En definitiva, los recursos administrativos son una facultad o un
derecho, que ejerce la persona afectada en defensa de uno de sus derechos
sustanciales, en contra de lo dispuesto en un acto administrativo.

La consecuencia lógica es que quien ejerce la función administrativa
revise su propio acto, *“revocándolo o modificándolo cuando ha vulnerado,
deseconocido o incumplido un derecho subjetivo o un interés legítimo, por un*

lado, y por otro, para restablecer el imperio de la legalidad transgredida por una conducta ilegítima de la propia administración” (DROMI, Roberto “El procedimiento administrativo”, Ed. Ciudad, Buenos Aires, 1996, pág. 256).

Ahora bien, en este caso en concreto, la Prof. María Gabriela CASTILLO no cuestiona la legalidad del acto sancionatorio ni la del procedimiento seguido para dictarlo. Por el contrario, reconoce: a) estar sometida a la competencia del Tribunal de Cuentas; b) que el Organismo de Control tiene la atribución para establecer los procedimientos del control; y c) que incumplió con tales normas.

Su pretensión es que el Tribunal de Cuentas acepte como hecho exculpatório a la caída de nieve a fines de mayo en la ciudad de Ushuaia.

Así las cosas, ha de concluirse que debe habilitarse la vía recursiva y que los argumentos presentados por la sancionada no deberían modificar lo resuelto por el Plenario de Miembros.

II.2. El control externo de la función administrativa es actividad reglada.

La Prof. María Gabriela CASTILLO fue sancionada por notificar la Resolución M.O.yS.P. N.º 244/2021 incumpliendo las normas del control preventivo que realiza el Tribunal de Cuentas sobre los actos administrativos en los que se vean comprometidos fondos públicos.

Tal y como ya se analizó exhaustivamente en el Dictamen Legal N.º 32/2021, Letra: T.C.P.-A.L., incorporado a fojas 18/28, el bloque normativo aplicable al caso está conformado por el artículo 166, inciso 2º) de la Constitución Provincial, los artículos 2º, 4º, 26, 30 y 32 de la Ley provincial N.º



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”
50, el Decreto provincial N.º 1917/1999 y las Resoluciones Plenarias N.º 1/2001;
N.º 9/2016; N.º 123/2016; N.º 18/2018 N.º 122/2018 y N.º 6/2020.

A propósito de ello, es doctrina judicial que:

“Queda claro, entonces, que si la ley orgánica del Tribunal de Cuentas por un lado lo autoriza a requerir rendiciones de cuentas a todos aquellos agentes que tengan la responsabilidad o intervengan en tareas de recaudación, percepción, transferencia, inversión, pago, administración o custodia de fondos, valores u otros bienes del Estado Provincial, obligando a éstos a rendirlas; y por otro, le atribuye la posibilidad de aplicar sanciones y multas (hasta del 80 % del sueldo) en caso de no presentación de las rendiciones requeridas, como también aplicar multas cuando se autorizan o realizan gastos y compras en contravención de normas legales y le prescribe la remisión de copias a las autoridades que correspondan para el inicio de sumario administrativo cuando no se acrediten daños pero sí actos irregulares (arts. 4, 33, 37, 44 y 72, ley 50), la conducta del accionante y la multa aplicada (10% de su remuneración) han sido correctamente encuadradas por la resolución 255/95.

De otro modo, no se comprende cuál es el sentido de la intervención del organismo frente a la no presentación o presentación irregular o la autorización de gastos en infracción de las normas legales que los reglan aun cuando no resulte daño patrimonial. Ni se comprende tampoco cuál sería el sentido de la autorización para aplicar sanciones y multas a la par de los cargos que se formulen por daños -y de las sumas a las que se condene a los responsables luego del juicio de responsabilidad- si concluimos con que no resulta factible sancionar infracciones palmarias del ordenamiento por la sola circunstancia de no haberse acreditado perjuicio.

No es posible considerar la creación de normas para que no se cumplan, ya que tal incumplimiento deviene siempre antijurídico, siendo título bastante para crear la consecuente sanción.

Todas las disciplinas de la ciencia del derecho tienden a establecer reglas sobre las consecuencias que produce la antijuridicidad, y la Administración, en cuanto poder jurídico, establece, como consecuencia de esta facultad, la sanción administrativa consustancial con el ejercicio jurídico de la actividad administrativa.

Dado lo antijurídico el legislador establece la norma sanción; no hay sanción sin la existencia del hecho antijurídico, lo que es muy distinto a sostener la tesis subjetivista: no hay sanción sin culpa. Hay muchas clases de sanciones administrativas sin necesidad de la presencia de culpa, pero sí, necesariamente que exista el ilícito o antijuridicidad: la falta. Pues, quien tiene poder para controlar la actividad económico financiera de los tres poderes, debe tener lógicamente poder para reglar la conducta de sus responsables y debe tener lógicamente poder para castigar las infracciones y mantener en orden dicha actividad” (Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "Muñoz, Fernando Jorge c/ Tribunal de Cuentas Provincial s/ Contencioso Administrativo", Expediente N.º 367/1997, sentencia del 30 de junio de 1999, reiterado en "Tedoldi, Oscar c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Tierra del Fuego s/ Recurso de Apelación", Expediente N.º 915/1999- SDO, sentencia del 11 de abril de 2001).

Así resulta claro que existe un plexo jurídico con sustento constitucional que predetermina una conducta concreta que los funcionarios deben observar: la de enviar al Tribunal de Cuentas los actos administrativos que



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”
aprueban y adjudican el contrato, una vez que han sido emitidos y previo a que
sean notificados, en todas las licitaciones estatales.

Es claro que, siendo el control una actividad reglada, no queda margen
para la apreciación subjetiva y la oportunidad del cumplimiento de la obligación
no puede quedar librado a su arbitrio. El fundamento es claro: no puede el
funcionario controlado decidir cuándo y cómo actuará el Tribunal de Cuentas.

Incluso, los cuentadantes pueden optar por solicitar la excepción al
control preventivo, procedimiento sumarísimo previsto en la Resolución Plenaria
N.º 123/2016, que resuelve la petición dentro de las 48 horas y ha sido utilizado
por la Prof. Gabriela CASTILLO en numerosas ocasiones.

Ahora bien, en el recurso que presenta la señora Ministra no se
cuestiona la competencia del Tribunal de Cuentas ni las normas del control
externo y tampoco se objeta el trámite administrativo que desembocó en la
sanción. Por el contrario, la funcionaria reconoce las regulaciones del control que
establecen el tipo, el hecho antijurídico, el nexo causal y que durante el
procedimiento sancionatorio hubo oportunidad de ejercer el derecho de defensa,
pero argumenta que la nevada del 25 de mayo de 2021 la liberó de su obligación.

A fojas 40/41 sostiene:

*“(...) se informa en momento alguno fue intención evadir los
controles de ese Órgano sino que existieron razones que ameritaban ser
atendidas de manera urgente que llevaron a la adjudicación de la contratación y
su notificación para que prestara el servicio.*

*En efecto, tal puede verificarse de las actuaciones del expediente de
Licitación Privada seguía su curso normal y habitual de procedimiento y era de
esperar que así continuara. Puede observarse mediante la simple constatación*

de las fechas que el mismo ingresó el día 21 de mayo a la Unidad de Auditoría Interna (día viernes) y que el informe de dicha Unidad fue emitido en fecha 25 de mayo del corriente, dato que cobra relevancia en razón de que se trataba de días que comprendían fin de semana y feriados.

De lo antedicho surge que se estuvo trabajando contra reloj para poder adjudicar la contratación, que no obstante de haber sido día inhábil administrativo el día en que se efectuó la adjudicación la premura se debió a las condiciones meteorológicas imperantes y que de haberse efectuado dilaciones no se hubiera podido prestar el servicio a la sociedad, razón que se considera atendible y por la cual no se dio cumplimiento al control preventivo previsto la Resolución Plenaria N.º 1/2001 del Tribunal de Cuentas de la Provincia, situación que posteriormente fue puesta en conocimiento en oportunidad que se efectuara el descargo (...)”

Contrariamente a lo afirmado por la recurrente, al verificar los hechos resulta mientras la nevada en la ciudad de Ushuaia era previsible y que hay múltiples servicios meteorológicos que lo anticiparon semanas antes, el sentido de la Ordenanza Municipal N.º 3567 (citada como fundamento de la licitación) es liberar las veredas de nieve, hielo y escombros para que puedan circular las personas.

Ahora bien, téngase presente que el bien jurídico perseguido por la Municipalidad se trataba de una actividad que estaba vedada con motivo de la pandemia COVID 19, ya que el Poder Ejecutivo provincial había dispuesto el cierre de los edificios públicos, la gestión digital de los trámites administrativos y el trabajo remoto de los empleados públicos.



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

En cuanto a la licitación privada, se puede confrontar que se inició el 18 de marzo 2019, dos meses y medio antes de la precipitación en la que la recurrente pretende escudarse.

El resto del procedimiento (publicación, difusión e invitaciones) continuó sin inconvenientes. También se puede comprobar que la apertura de ofertas fue el 22 de abril y que la Comisión Evaluadora emitió su dictamen el 28 de abril. **Desde esa fecha hasta el 21 de mayo el expediente estuvo a disposición de la sancionada.**

Es claro que el período que transcurrió desde la apertura de ofertas hasta la adjudicación, casi un mes (del 28/04 al 25/05), es un plazo suficiente para pedir la excepción al control preventivo o para adjudicar y remitir las actuaciones al Tribunal de Cuentas.

Para ser más preciso: la mitad de la vida del expediente en el que se tramitó el procedimiento de selección estuvo paralizado a la espera de que la sancionada adjudicara el contrato.

Incluso, como alternativa, la sancionada tuvo oportunidad de notificar al Organismo de Control que había alguna situación especial que ameritaba un trato distinto a los previstos, o inclusive en una instancia anterior, llevar adelante procedimientos de contratación extraordinarios que no se encuentran en principio sujetos al control preventivo de este Órgano (urgencia).

Así, puede verse que no se cumplen los recaudos esenciales para que prospere la excusa: que el hecho fuera imprevisible e inevitable. Es de público y notorio conocimiento que la nevada en Tierra del fuego era previsible y que la norma de control es conocida por la sancionada.

De ello se concluye que la “*premura*” fue generada por la propia Ministra y que el incumplimiento de las normas de control era evitable siendo eficiente en el cumplimiento de sus funciones y adjudicando el contrato desde el momento en que estuvo a su disposición; c) que aún en el caso de inacción en la tramitación, la Prof. CASTILLO tenía otros remedios jurídicos, como la excepción al control preventivo o una simple misiva informando de la situación.

Téngase presente que para que prospere el pedido de exculpación por caso fortuito o fuerza mayor, el hecho debió ser imprevisible e inevitable. Además, la autora debería haber sido totalmente ajena al hecho y acreditado en el expediente que hizo todos los esfuerzos que razonablemente se le pudieran exigir.

Imprevisible es un hecho “*que un hombre de mediana prudencia no tiene por qué suponer que pueda ocurrir, pues los individuos sólo están obligados a prever lo razonable*” (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo, Distrito Judicial Norte de la Provincia de Tierra del Fuego, en los autos caratulados “*BARRIOS Delia Griselda c/PEREZ CASTILLO Juan Carlos y otra s/ DAÑOS y PERJUICIOS*”, Expediente N° 9270/2019, sentencia del 10 de septiembre de 2020).

A propósito del recurso que se analiza, se puede afirmar sin temor que cualquier persona de mediana prudencia puede prever que en Ushuaia va a nevar entre mayo y septiembre.

En el mismo sentido, lo razonable ante este tipo de contrataciones, es verificar el pronóstico del clima y actuar en consecuencia, pues se si espera a que ocurra la precipitación para contratar una cuadrilla de limpieza de veredas, será tarde para cumplir cualquier procedimiento de control.



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

En cuanto a lo inevitable, desde antaño se tiene dicho: *“para que se dé el caso de fuerza mayor el obstáculo debe ser absoluto. La mera dificultad para el cumplimiento no exime de responsabilidad al deudor; es necesario que se configure una verdadera imposibilidad”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, fallo *“Astramar Cía. de Navegación S.A. v. Empresa Líneas Marítimas Argentinas”*, del 14 de abril de 1983).

De las fechas constatadas en el expediente y de los propios hechos invocados por la recurrente se desprende que era previsible y posible adjudicar el contrato antes de que la *“premura”* por ella misma generada dificultara cumplir con las normas de control. Sumado a ello, si fue posible remitir las actuaciones a la Unidad de Auditoría Interna el 21 de mayo de 2019, también era posible informar al Tribunal de Cuentas; sin embargo se decidió obviar la competencia del Órgano Constitucional de Control sin justificativo alguno.

Una última cuestión merece atención; nótese que una solución contraria a la aquí propuesta, es decir que la exculpe de la sanción impuesta, llevaría al absurdo de permitir evadir justificadamente el control al controlado ante hechos previsibles como las nevadas en esas fechas (más allá de lo incierto de la fecha de acaecimiento), puesto que simplemente deberá demorar lo suficiente hasta el momento que sea urgente y necesaria la adjudicación, para sortear el control de este Organismo, al justificar con ello la premura de la contratación y la evasión del control.

III. CONCLUSIÓN

Tanto la Constitución Provincial como la Ley provincial N° 50 y los fallos del Superior Tribunal de Justicia establecen que la rendición de cuentas es

actividad administrativa reglada y quien se aparte de lo normado o entorpezca el control del Tribunal de Cuentas puede ser sujeto de sanciones.

En estas actuaciones, a partir de los antecedentes administrativos y del propio recurso presentado por la Prof. María Gabriela CASTILLO, resulta que la funcionaria sancionada conocía las normas que regulan el control externo de las contrataciones estatales, en qué momento debía remitirlas al Tribunal de Cuentas y cuáles eran las consecuencias de incumplirlas.

Asimismo, se confirma que tuvo conocimiento de las observaciones sustanciales realizadas por el Auditor Fiscal y oportunidad para realizar el descargo.

En consecuencia, de su presentación se desprende que el trámite administrativo sancionatorio fue regular y que no se cuestiona la legitimidad de la Resolución Plenaria N° 264/2021, como prevé el artículo 127 de la Ley provincial N° 141, sino que intenta eximirse de su responsabilidad mediante una causa de justificación: la caída de nieve del 25 de mayo de 2021.

Sin embargo, a partir del propio escrito impugnatorio y de los antecedentes administrativos, resulta que: a) el expediente estuvo en condiciones de ser resuelto más de tres semanas antes del caso fortuito o fuerza mayor invocado; b) las condiciones climáticas eran previsibles; y c) los incumplimientos a las normas de control eran evitables.

En definitiva, considerando que la conducta debida era adjudicar en tiempo el contrato y cumplir con las normas de control (en su defecto, pedir la excepción o notificar al Tribunal de Cuentas de la situación), se puede afirmar que el evento que causó el resultado antijurídico no fue el clima sino la inacción de la sancionada.



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



“2021-AÑO DEL TRIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA CONSTITUCIÓN PROVINCIAL”

Así, no se verifica en el recurso de reconsideración analizado ningún elemento que conmueva los fundamentos de la Resolución Plenaria N° 264/2021, acto administrativo que debería ser confirmado en todos sus términos.

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

