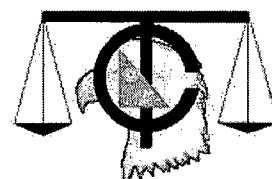
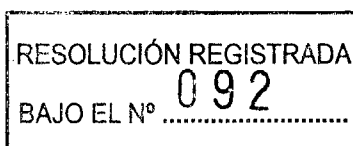




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

USHUAIA, 09 MAY 2019

VISTO: el Expediente Letra: MO N° 22618/2018 del registro de la Gobernación de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e IAS, caratulado: "S/ READECUACIÓN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA" y;

CONSIDERANDO:

Que el Expediente citado en el Visto, fue aperturado en virtud de la Nota Letra: D.P.O.S.S. N° 2508/2018 por la que el señor Guillermo P. WORMAN, en su carácter de Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, elevó al Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. Luis Alberto VAZQUEZ el Expediente Letra: EVS N° 34/2018, caratulado: "S/ CONSULTA DE READECUACIÓN DE CONTRATOS", expresando que: "(...) en función a la situación económica actual algunas empresas adjudicatarias de las obras públicas contratadas por esta Dirección Provincial solicitaron adecuación de precios, prórroga en el plazo de obra, entre otras alternativas (...)

A tal efecto y teniendo en miras el interés público comprometido en el principio de continuidad de la ejecución de las obras solicité del servicio jurídico de la Dirección Provincial a mi cargo, emita un dictamen sobre la factibilidad de readecuación de los contratos en proceso de ejecución y en su caso se proponga las medidas que podrían implementarse.

El asesor jurídico emitió Dictamen A.L. N° 21/2018 (fs. 12/19) donde se propone que en función a las facultades que tiene delegadas en el artículo 20 bis inc. 9 de la Ley Provincial N° 1060, proceda al dictado de una Resolución

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

donde se autorice a esta Dirección a renegociar los contratos de obra pública que se encuentren en proceso de ejecución y de las cuales sea comitente, con las particularidades y límites expuestos en el proyecto que se encuentra agregado a fs. 20/22 (...)".

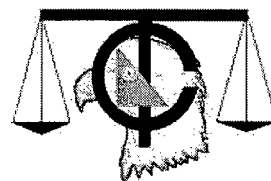
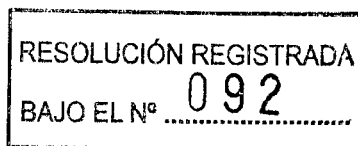
Que en el aludido Expediente Letra: EVS N° 34/2018, lucen incorporadas las Notas remitidas por la sociedad EMTECON S.A., contratista de la obra "*Provisión e instalación de Micro-emprendedores, Etapa I*"; por la firma CONSTRUCTORA DOS ARROYOS, contratista de la obra "*Nueva planta de tratamiento de efluentes cloacales Arroyo Grande*" y por la empresa JUAN FELIPE GANCEDO S.A., contratista de la obra "*Coletores y planta de pretratamiento Bahía Golondrina*"; misivas en las que expusieron diversas problemáticas referidas a las obras públicas cuya ejecución se encontraba a su cargo y solicitaron a la D.P.O.SS. en su carácter de comitente, compensaciones o readecuaciones de los contratos suscriptos.

Que específicamente, la primera de ellas indicó: "*(...) solicitamos a ud. se arbitre algún tipo de Compensación y o Adecuación en los precios de los micro y macro medidores de la Obra de referencia, nuestra solicitud se fundamenta en que los mismos al ser un componente totalmente importado y teniendo en cuenta lo imprevisible y significativo de la variación de la moneda estadounidense en el mercado local (\$17,70 valor del dólar estadounidense a la fecha de licitación) ha provocado la rotura en la ecuación económica-financiera de los valores contratados, con lo cual se hace difícil la prosecución de la obra (...)*".

Que por su parte, la empresa mencionada en segundo término expuso: "*(...) por ser hecho de público conocimiento, la actual situación de la economía ha producido el cierre del mercado financiero, el incremento imprevisible de las*



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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

tasas de descuento de obras públicas, los que se ven por demás enviados como consecuencia de los anuncios de recortes en la obra pública

(...) denunciamos esta situación de Fuerza Mayor, para su consideración como causal de prórroga de plazo, y el resarcimiento de los perjuicios financieros, como consecuencia de contrataciones pendientes de cerrar a la espera de la aprobación de los documentos parciales del Proyecto Ejecutivo, actualmente en vuestro poder para su revisión y posterior aprobación.

Todo lo cual valorizaremos en su real incidencia temporal y económicamente, cuando se regularice la situación de emergencia actual, y como causal de mayor plazo y reconocimiento económico, ante esta situación de fuerza mayor".

Que la empresa mencionada en último término, expresó: "(...) Es una obra que mas allá de cualquier ponderación primaria, podía sufrir modificaciones en su desarrollo, es así que, en este caso, los volúmenes y cuantías surgidos en el ante-proyecto y que sirvieron de base a la cotización realizada resultaron superados por la realidad de los estudios y cálculos realizados por nuestro calculista y ratificados por la aprobación de la DPOSS, tal como se ha descripto (...)

La correcta ejecución de la obra, ha motivado un incremento por sobre lo contratado, en el ítem hormigón H-21, superior al 41% en volumen (...)

El orden del incremento de estos volúmenes resulta excesivamente oneroso para esta contratista y le ocasionan un grave perjuicio a su patrimonio, lo que pone en riesgo la normal prosecución de los trabajos que restan.

En función de todo lo que antecede, se solicita la aprobación de la planilla de adicionales presentada por Nota de Pedido N° 67".

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

Que a continuación, obra el Dictamen A.L. N° 21/2018 suscripto el 22 de noviembre de 2018 por el Dr. Pablo M. RUSSO -letrado a cargo de la Asesoría Legal de la D.P.O.S.S.- que en su parte pertinente reza: “(...) Siendo entonces un contrato bilateral y conmutativo, las dos partes, el comitente y el contratista, tienen que cumplir obligaciones recíprocas y determinadas, sin que ninguno de ellos pueda mejorar o empeorar su posición en relación con el otro debido a cuestiones externas al contrato o fuera del dominio de las partes (carácter no aleatorio) (...)

Sobre esta base y teniendo en cuenta asimismo que la obra pública es un contrato de larga duración en el tiempo, con gran inversión en costos, se desarrollaron los dos principios cardinales de esta contratación: el equilibrio de la ecuación económico-financiera y la intangibilidad de la remuneración del contratista (...)

Cuando ese beneficio, esa remuneración, ese precio fijado sufre un menoscabo por causas no imputables al contratista, éste tiene el derecho a que todo importe le sea restablecido por la Administración.

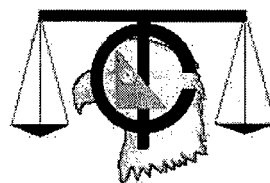
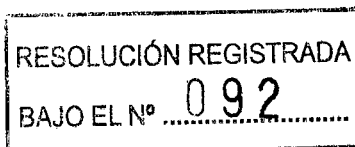
Ahora bien, si bien es cierto que en principio no corresponde la adecuación del contrato, no puede desconocerse la difícil situación económica que está atravesando el país en estos últimos meses y que repercute en el normal desarrollo y ejecución de las obras públicas. En especial, la constante volatilidad del mercado cambiario (...)

Necesariamente estas alteraciones de la ecuación económica-financiera del contrato debidas a alteraciones de los precios de los insumos, deben ser subsanadas para mantener la citada ecuación del contrato y en consecuencia el equilibrio obligacional originario (...). ”.

Que a propósito del contexto macroeconómico que transitó nuestro país en el año 2017 y 2018, el letrado detalló los Informes de Resultados 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

"2019 - AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

relevamientos de Expectativas de Mercado (REM), correspondientes a los meses enero y septiembre de ambos períodos, que fueran publicados por el Banco Central de la República Argentina, señalando que sendas proyecciones sufrieron variaciones que superaron en más de un cien por ciento (100%) los valores proyectados.

Que en ese sentido, arguyó que: "(...) Estas situaciones macroeconómicas no pudieron ser previstas ni por esta Dirección Provincial al momento de realizar el llamado ni por los contratistas al momento de realizar sus ofertas provocando a simple vista una ruptura tanto de la ecuación económico financiera como a nivel presupuestario.

Ante este contexto el art. 1091 del Código Civil y Comercial contempla **la teoría de la imprevisión** en materia contractual (...)

Esta traslación de reglas del derecho privado al derecho administrativo ha sido aceptada desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...)

En cuanto a la teoría de la imprevisión, se ha sostenido que cuando no sea factible mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública a través de su precio fijo originario, más los precios redeterminados (...) **'completarlo con la aplicación de la teoría de la imprevisión podría ser la solución jurídicamente acertada del tema'** (...)

En sintonía con lo expresado, la Procuración General del Tesoro de la Nación, ha dicho sobre los precios ciertos y determinables prefijados en los contratos de obra pública que 'si se modifican las condiciones normales para su aplicación conforme la previsión de las partes, **el contratista tiene derecho a compensación por la teoría de la imprevisión'** (Dictámenes 103:243, pub. En

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

Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 8, marzo de 1981, pág. 11)".

Que a continuación, planteó "(...) la necesidad de buscar herramientas normativas que permitan conciliar el interés de los contratistas con el que posee esta Administración de evitar por todos los medios legales a su alcance la paralización de las obras públicas" y expuso como propuesta "La emisión de un Acto Administrativo-Resolución del Ministerio de Obras y Servicios Públicos- en el marco de la delegación de facultades establecidas en el artículo 20 bis inc. 9 de la Ley Provincial N° 1060, que procure la adecuación de los Contratos en ejecución, con los parámetros que se indican seguidamente (...)".

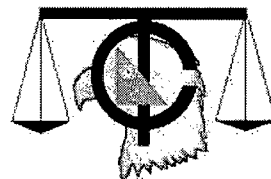
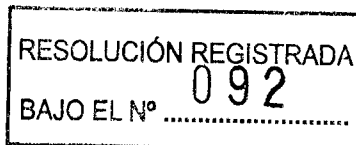
Que a modo de corolario, finalmente indicó: "Por todo lo expuesto, este servicio jurídico no encuentra obstáculos normativos para que la autoridad competente (Ministro de Obras y Servicios Públicos) proceda a dictar un acto administrativo que autorice a esta Dirección Provincial a renegociar los contratos de obra pública que se encuentran en proceso de ejecución, bajo las condiciones propuestas (...)" y adjuntó el proyecto de acto administrativo que sería del caso dictar.

Que en virtud de ello, el 30 de noviembre de 2018 se emitió la Resolución M.O. y S.P. N° 536/2018, que en su parte resolutive dispuso: "ARTÍCULO 1°.- Disponer la renegociación de los contratos de obra pública que se encuentren en proceso de ejecución, en los que la Administración Pública provincial actúe en carácter de comitente y con los alcances establecidos en la presente norma (...)

ARTÍCULO 2°.- Establecer que la renegociación de los contratos autorizada en el artículo precedente sólo podrá ser aprobada, si en virtud de la adecuación respectiva, la obra cumple con la finalidad para la cual fue licitada.



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

En este sentido, sólo podrá realizarse la readecuación de acuerdo a las alternativas descriptas en el artículo siguiente, siempre que con ello no se desvirtúe el objeto de la obra definido en los pliegos licitatorios.

ARTÍCULO 3º.- La renegociación autorizada en el artículo 1º de la presente, consistirá en la adecuación del contrato facultándose a la autoridad a:
a) disminuir el monto contractual o volumen de la obra; b) disminuir o modificar la provisión de los bienes por parte de la Contratista; y c) modificar el plazo de ejecución de la obra. En todos los supuestos, la adecuación no podrá superar el veinte por ciento (20%) del total de la obra inicialmente contratada.

ARTÍCULO 4º.- Las pautas señaladas en los puntos a), b) y c) del artículo anterior, podrán extenderse excepcionalmente hasta un cincuenta por ciento (50%) del total de la obra inicialmente contratada, de acuerdo con las características propias y finalidad de la obra, por resolución dispuesta por el titular del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, y en su caso, por los titulares de los organismos descentralizados que liciten y ejecuten obras, fundada en informes técnicos requeridos al efecto.

ARTÍCULO 5º.- La autorización dispuesta en el Artículo 1º de la presente será aplicable en la medida en que los contratistas soliciten su adhesión a la presente resolución en el plazo establecido entre el 01 de diciembre y el 30 de diciembre del corriente año. La suscripción del contrato de readecuación implicará la renuncia automática de la Contratista a todo reclamo por mayores costos, compensaciones, gastos improductivos o supuestos perjuicios de cualquier naturaleza, pretendidamente motivados por los cambios de la economía durante el período comprendido entre el 01 de agosto de 2018 y la fecha de suscripción de la readecuación de los contratos.

ARTÍCULO 6°.- La adecuación de los contratos sobre las obras en proceso de ejecución, se proyectará de común acuerdo entre el Comitente y la Contratista, en las condiciones dispuestas en los artículos 2°, 3° y 4° de la presente. El texto final del instrumento de la adecuación contractual, previa aprobación mediante acto administrativo, deberá ser publicado en los mismos medios y plazos utilizados en el procedimiento de selección del contratista (...)”.

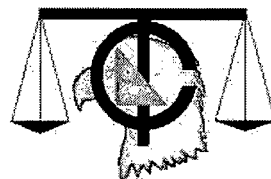
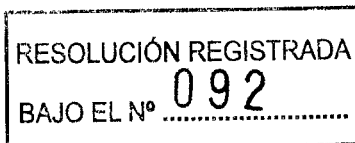
Que a su vez, por Nota Letra: M.O. y S.P. N° 999/18, el Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. Luis A. VAZQUEZ, remitió las actuaciones a este Tribunal de Cuentas, expresando que: “(...) Atento a que la mencionada problemática resulta extensiva a todos los entes que ejecutan obra pública además de este Ministerio, se decidió suscribir la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18, que prevé las condiciones en las cuales pueden llevarse a cabo **readecuaciones contractuales**, a los fines de atender los planteos realizados por las contratistas en el ámbito de la Administración Pública provincial.

*En virtud de la relevancia que cobra la habilitación de un remedio extraordinario como lo es la **renegociación de los contratos de obra pública**, no obstante prever, mediante la resolución en ciernes, un acotado repertorio de opciones en relación a dicha readecuación, es que se solicita la intervención del órgano de contralor externo provincial a los efectos de realizar el control preventivo de legalidad de la Resolución (...). Ello, fundado en lo previsto por el artículo 2° inciso a) de la Ley provincial N° 50”.*

Que entonces, tomó intervención el servicio jurídico de este Organismo de Contralor, emitiéndose en consecuencia el Informe Legal Letra: T.C.P.-C.A. N° 180/2018, suscripto por el Dr. Pablo E. GENNARO, quien preliminarmente, encuadró el examen de las actuaciones del Visto en el marco del artículo 2° inciso i) de la Ley provincial N° 50 y en las previsiones de la Resolución Plenaria N° 124/2016., toda vez que la Resolución M.O. y S.P.



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Nº 536/18 conformaría el plexo normativo a considerar en el marco del control que oportunamente este Tribunal efectúe respecto de los actos administrativos que se dicten en consecuencia.

Que ello, fue argumentado en el entendimiento de que "(...) La resolución traída a análisis, a criterio del suscripto no engasta en el supuesto de remisión para el ejercicio del control preventivo por este Tribunal, atento a que por su intermedio no se disponen fondos públicos mediante un acto administrativo en particular, ni se relacionan a la inversión de éstos o con la percepción de caudales u operaciones patrimoniales del Estado provincial directamente (...)".

Que sentado lo anterior, el letrado interviniente examinó la competencia del Órgano para el dictado de la Resolución, de acuerdo al siguiente detalle: "(...) el Ministro de Obras y Servicios Públicos en los considerandos de la Resolución M.O. y S.P. Nº 536/18 cita el inciso 9º, del artículo 20 bis de la Ley provincial Nº 1060, modificada por la Ley provincial Nº 1137, que dispone: 'Son atribuciones y competencias del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, asistir a la Gobernadora de la Provincia y al Ministro Jefe de Gabinete, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la infraestructura en comunicaciones, la minería, la energía, el saneamiento y en las obras públicas, la vivienda, las obras de explotación y aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos, la actividad vial y la planificación de la inversión pública tendiente a un equilibrado desarrollo del territorio provincial; y en particular: ... 9) coordinar, colaborar y dictar normas relacionadas con la contratación, construcción y conservación de obras públicas;'. "

Se destaca en particular, que el Legislador le otorgó al Ministerio de Obras y Servicios Públicos esa competencia expresa y específica, concomitante

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

a la competencia genérica que en materia reglamentaria, el artículo 10 inciso b) 4) de la misma ley dispone para todos los Ministerios, dotándolos de capacidad para expedir: ‘(...) los reglamentos que deban dictarse para asegurar el cumplimiento de las leyes;’.

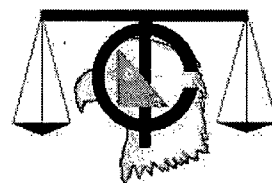
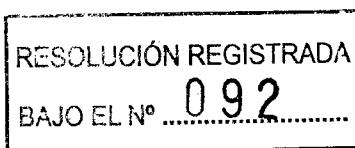
Esa facultad particular otorgada por la Ley de Ministerios, tendría su encuadramiento constitucional en el artículo 136 segundo párrafo de la Carta Magna provincial, que dispone: ‘Una ley especial determinará los ramos, funciones y responsabilidades de cada uno de ellos, cuya iniciativa corresponde al Poder Ejecutivo’, para completar con su artículo 139 que determina: ‘Los ministros sólo podrán resolver por sí mismos los asuntos referentes al régimen interno y disciplinario de sus respectivos departamentos y dictar providencias de trámite, salvo delegación expresa’.

Desde esa óptica (...) se puede afirmar, que la norma proyectada se encontraría dentro del espectro de competencias otorgadas por el Legislador al Ministerio respectivo, máxime teniéndose en cuenta que las modificaciones contractuales serán establecidas de común acuerdo entre las partes conforme a los artículos 5° y 6° de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18.

A la par y en relación a lo normado particularmente en la resolución, calificada doctrina entiende: ‘Al contrario, corresponde a la esencia misma de todo contrato administrativo, stricto sensu, la posibilidad de que la Administración, durante un lapso de ejecución del contrato, introduzca sucesivamente todas las ‘modificaciones’ requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la Administración va ínsita en todo contrato administrativo propiamente dicho, al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna: va sobreentendida’ (MARIENHOFF, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo - TOMO III, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular - pág. 6).



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Desde la misma atalaya y en relación a la modificación del contrato administrativo a posterior del momento de su concreción, se expuso: 'Siempre hemos pensado que el costo económico eventual de un respeto riguroso de las formas, en el derecho administrativo, se justifica frente al fortalecimiento institucional que implica el cumplimiento de la legalidad.

Sin embargo, entendemos que, excepcionalmente, se podría aceptar una modificación de los términos originales de la contratación, aun cuando ella genere beneficios no previstos inicialmente para el contratista, siempre que el cambio responda a necesidades objetivas de interés público, surgidas con posterioridad a la celebración del contrato, y que se pueda demostrar, fehacientemente e inequívocamente, la inexistencia no solo de oferentes, sino, incluso, de otros potenciales proponentes en condiciones de invocar fundadamente que la modificación afecta a su derecho a la igualdad' (COMADIRA, Julio Rodolfo, 'La Licitación Pública, Nociones, Principio, Cuestiones' Editorial Depalma, Buenos Aires 2000, página 68).

Con ello se observa, que el fundamento de la prerrogativa en orden a la modificación de un contrato administrativo, inclusive unilateralmente, tiene como fundamento la satisfacción de un interés público, por lo que la potestad impera dentro de las prerrogativas estatales, a la par, que por tener como fundamento el orden público se hace irrenunciable.

Lo expresado, no significa haber efectuado un examen exhaustivo de compatibilidad con otras normas dictadas por el Poder Legislativo en su función originaria en la materia o por el Poder Ejecutivo en su función reglamentaria, sino únicamente en relación a la potestad genérica de dictar una norma de ese tipo en relación a las competencias del órgano y facultades propias del Estado".

Que luego, a propósito de la intervención que correspondería a este Tribunal de Cuentas en cada procedimiento de adecuación particular, señaló: *“(...) Resulta claro que la readecuación de los contratos originales en los términos de la resolución, producirán previsiblemente una modificación de las obligaciones contractuales con posible impacto presupuestario, lo que representaría en principio, un acto administrativo en los términos del inciso a) del artículo 2º de la Ley provincial N° 50, por lo que deberían ser remitidos a este Tribunal conforme a los parámetros de la Resolución Plenaria N° 01/01 y la Resolución Plenaria N° 18/18 de Planificación Anual del Tribunal.*

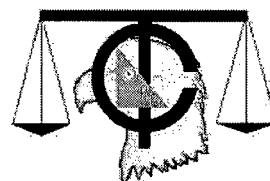
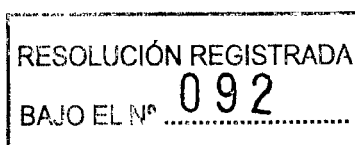
Por consecuencia, entiendo que tratándose en definitiva de actos administrativos de alcance particular, previo a la notificación del interesado pero posterior a la publicación para el conocimiento de terceros y determinación que la modificación no afectó el principio de igualdad y transparencia, deberán pasar por el control preventivo de este Tribunal conforme a las Resoluciones Plenarias citadas ut supra”.

Que seguidamente, indicó que: *“(...) En otro análisis de la temática, no puede soslayarse la existencia de institutos en la normativa legal que podrían servir en principio a los propósitos buscados y tratar de encaminar una solución a los casos particulares de las tres empresas contratistas expuestos en el expediente, procurando un posible restablecimiento de la ecuación económica-financiera por su intermedio.*

En particular, se observa como institutos regulados el de la redeterminación de precios establecida por el Decreto provincial N° 1367/16 adhiriendo al Decreto nacional N° 691/16, las facultades de los artículos 30 y 37 de la Ley nacional N° 13064 y lo dispuesto por el Decreto nacional 1186/1984 en relación a la reglamentación del artículo 35 de la Ley 13064 entre otras.



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Asimismo tampoco puede olvidarse, la existencia de principios rectores en la materia que deben ser respetados en el uso de las herramientas dispuestas por la resolución, como ser el principio de razonabilidad y transparencia e igualdad entre otros (incisos a, b y c del artículo 3° de la Ley provincial N° 1015).

Ello es traído a consideración, atento a que conforme a los considerandos de la Resolución M.O. Y S.P. N° 536/18, las herramientas otorgadas por el artículo 3° son de carácter de excepcional al afirmar: 'Esta Administración entiende que no debe demorarse el restablecimiento de la ecuación económico-financiera hasta el momento de una resolución judicial, sino que debe llevarse a cabo en sede administrativa (...)'

Esta caracterización de las herramientas creadas por la norma como excepcionales, habilitaría su uso a entender de esta parte, cuando los institutos ordinarios ya previstos normativamente no otorguen una solución, o ésta sea parcial o extemporánea, lo que se traduce a criterio del suscripto, en la necesidad de fundar expresamente el uso de estas herramientas en cada expediente en particular, mediante un informe técnico circunstanciado, que compare su uso con el uso de las otras herramientas ordinarias previstas, demostrando expresamente la ineficacia o insuficiencia de estas últimas y lo acertado y eficaz del uso de la herramienta extraordinaria otorgada por la resolución (art. 3 inciso e, Ley provincial N° 1015).

Así, se deberá acreditar mediante informes técnico-económicos circunstanciados en el expediente administrativo por el cual tramita la readecuación, no sólo el desajuste de la ecuación económica-financiera del contrato y que este no le es imputable al contratista por su culpa, como veremos más adelante, sino también -como se dijo- se deberá acreditar que las

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

herramientas ordinarias del sistema no alcanzan para su recomposición, por lo que se justifica este uso extraordinario, debiendo ejercer la facultad de observación este Tribunal, en los términos del artículo 4º inciso b) de la Ley provincial N° 50, en el trámite de cualquier readecuación que haga caso omiso y no fundamente y pruebe en el expediente todos estos extremos.

En ese sentido lo entendió el propio Ministro al exponer en los considerandos: ‘Que si bien la Teoría de la Imprevisión se trata de un instituto esencialmente de derecho privado, sus principios pueden ser aplicados por analogía a los contratos de obras públicas, según lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, preservando claro está, las características y particularidades impuestas por la naturaleza propia de estos últimos, tales como el principio de igualdad y el principio de transparencia, ponderando las pautas rectoras de los artículos 30, 37, 38 y 39 de la Ley Nacional N° 13.064’.

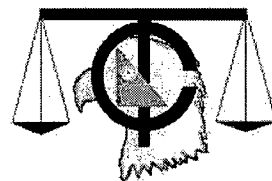
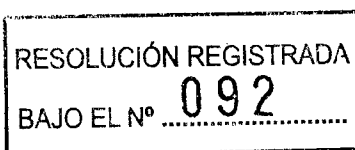
Así también ponderó: ‘Que en cuanto a la teoría de la imprevisión, se ha sostenido que cuando no sea factible mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública a través de su precio fijo originario, mas los precios redeterminados, la solución jurídicamente acertada del tema podría ser contemplar la teoría de la imprevisión’.

En otro orden, es necesario analizar lo expuesto en los considerandos de resolución al mencionar el artículo 1091 del Código Civil y Comercial, justificando bajo este prisma la creación y uso de estas herramientas extraordinarias, por lo que deberán guardar las eventuales soluciones adoptadas en el marco de la resolución, estrecha relación con los fundamentos de la norma civil.

Así las cosas, en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial se observa que la facultad de peticionar la readecuación resultará procedente, cuando se dé una alteración extraordinaria y sobreviniente, imposible 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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

ponderar al momento de suscripción del contrato y, que en particular, debe ser ajena a las partes y al riesgo empresario.

En relación a la alteración extraordinaria y sobrevenida que no pudo ser ponderada al momento de la contratación, en los considerandos de la resolución se caracteriza como la coyuntura económica y el brusco cambio interanual de las variables macro económicas fundamentales producidas en la economía, con fundamento en indicadores del Banco Central de la República Argentina.

Ahora, si bien en principio esta causa sería ajena a las partes, deberá tenerse en cuenta en cada readecuación de los contratos y en especial en los considerandos que los autoricen, que esa situación no haya sido agravada por la falta o tardía ejecución de las obras por parte del contratista (art. 39 ley N° 13064) por incumplimiento del plan de trabajo o el retraso en la curva de inversión sin que exista causa de justificación, lo que deberá ser acreditado en el expediente de corresponder, es decir, el contratista que adhiera a la presente resolución en los términos del artículo 5°, deberá acreditar en el expediente el regular cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta la fecha o la existencia de una causa exculpatoria que justifique el incumplimiento.

Ello, por cuanto lógicamente y siguiendo el mismo criterio rector de los procedimientos de redeterminación de precios, no es viable que la Administración Pública cargue con los desfases monetarios producidos durante el lapso de la mora imputables al contratista.

Por último, en relación a la readecuación del contrato conforme a las opciones planteadas por el artículo 3° de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 con el objeto de mantener la ecuación económica-financiera y permitir la continuidad de la obra, se debe tener en cuenta lo afirmado por calificada

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

doctrina que sostiene: 'Así las partes deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato en términos tales de reequilibrar el acuerdo originario. La regla básica es entonces que la parte favorecida debe asumir el desequilibrio de las prestaciones con el objeto de mejorar equitativamente los efectos causados.

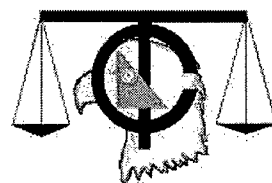
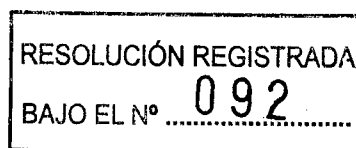
Quizás conviene recordar aquí que según J. LLAMBIAS 'en cuanto al criterio de revisión debe procurar una repartición equitativa del riesgo sobrevenido entre las partes afectadas, sin ignorar enteramente lo que ellas convinieron al comienzo, antes de la ocurrencia de riesgo. No se trata, a nuestro juicio, de proceder a-novo a fijar las prestaciones de las partes con total independencia de lo prevenido en el contrato inicial, sino solo de expurgar a ese acuerdo de la 'flagrante injusticia' que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle.

(...) pues la teoría de la imprevisión no es un dispositivo que permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia (...) El resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, pero no con la intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio, como el deudor un mal negocio, pero en términos soportables' (BALBIN Carlos F., Tratado de Derecho Administrativo - Tomo V, Editorial La Ley, 2011, pág. 546/547).

En ese sentido también lo entendió la jurisprudencia: 'Sin embargo, aun es en estos supuestos (imprevisión) la corrección de la distorsión no puede eliminar por completo el riesgo empresario, de modo que llegue a cubrir todo el quebranto experimentado por el contratante (conf. Marienhoff...) debiendo asegurarse la vigencia, en todo caso, del principio de sacrificio compartido', CNFed Contencioso Administrativo, Sala IV, 'Sumi-Tot S.A. c/ Ferrocarriles



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Argentinos - Estado Nacional s/ contrato administrativo' sentencia del 12 de febrero de 2002.

Por ello, a la luz de la readecuación de los términos del contrato conforme a los parámetros establecidos en el artículo 3º, la autoridad correspondiente deberá tener en cuenta al restablecer la ecuación económica-financiera, que deben existir concesiones que hagan notar el esfuerzo compartido de ambas partes en la readecuación (...)

CONCLUSIÓN

En razón de lo expuesto, se sugiere al Cuerpo Plenario de Miembros, que encuadre la presente remisión en orden a su trámite, en el marco de las funciones otorgadas a este Tribunal por inciso i) del artículo 2º, de la Ley provincial N° 50, ello en razón de los considerandos expuestos, debiendo tener presentes asimismo, las consideraciones realizadas en este Informe para su comunicación al respectivo Ministerio.

Asimismo se recomienda, que una vez receptadas las actuaciones por la autoridad de trámite, proceda a su refoliado en la página 27 en orden a mantener la correcta foliatura de los actuados (...)"

Que a mayor abundamiento, cabe en esta instancia recordar que la Resolución traída a análisis -tal como indicó en sus considerandos- fue enmarcada en un contexto económico determinado que tuvo lugar en nuestro país; sustentada en Informes Técnicos y emitida con carácter de excepcional. Asimismo, su aplicación práctica se circunscribió específicamente a aquellas actuaciones en las que los contratistas solicitaren su adhesión en el período comprendido entre el 1º y el 30 de diciembre de 2018, conforme lo dispuesto en su artículo 5º.

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

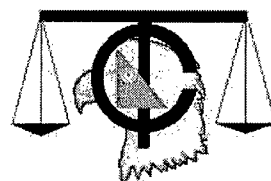
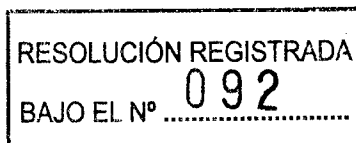
Que en otro orden de ideas, deviene oportuno destacar que el Dictamen A.L. N° 21/2018, ha sido emitido en el ámbito de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, tomando en consideración casos concretos que se presentaron en su órbita y contemplando las particularidades de aquellas situaciones, de manera que dicho instrumento jurídico no resultaría suficiente para motivar la aplicación de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 respecto de las vicisitudes que pudieran ocurrir en otros Organismos o Jurisdicciones de la Administración Pública Provincial, cuyas soluciones podrían resultar disímiles. Máxime, tomando en consideración lo expresado por el letrado interviniente, en relación a que “(...) *La Resolución que se propugna, tiene el carácter de acto general no normativo, ya que aborda un problema colectivo, pero que no tiene por objeto innovar en el ordenamiento jurídico, sino dar solución a una situación y extinguirse una vez que alcanza esa meta (...)*

Por todo lo expuesto, este servicio no encuentra obstáculos normativos para que la autoridad competente (Ministerio de Obras y Servicios Públicos) proceda a dictar un acto administrativo que autorice a esta Dirección Provincial a renegociar los contratos de obra pública que se encuentran en proceso de ejecución, bajo las condiciones propuestas (...)”.

Que dicho temperamento, constituye doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, que en reiteradas ocasiones ha sostenido que sus dictámenes: “*deben recaer sobre casos concretos y circunstanciados, toda vez que el emitir opinión sobre cuestiones abstractas conlleva el riesgo de hacer extensivas sus conclusiones a una diversidad de situaciones, sin la necesarias y debida ponderación de las particularidades de cada una de ellas obviamente no previsibles en una consulta formulada en términos generales*”. (Dictamen 256:415; 418; 257:251; 260:329; 269:247).



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

"2019 – AÑO DEL CENTENARIO DEL NACIMIENTO DE EVA DUARTE DE PERÓN"

Que sumado a ello, el máximo Organismo asesor tiene dicho que: *"Es doctrina de esta Procuración del Tesoro no pronunciarse cuando la cuestión traída a dictamen reposa en interpretaciones en abstracto de normas jurídicas y que solo le compete emitir su opinión sobre casos concretos, dado que las características circunstanciales de cada situación particular, que no siempre resultan previsibles, pueden dar lugar a soluciones diversas, lo que explica la relatividad de un asesoramiento concebido en términos generales (...)".* (Dictamen PTN R00143).

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte los argumentos vertidos en el Informe Legal Nº 180/2018 Letra: T.C.P.-C.A. con las salvedades expuestas precedentemente y, sin perjuicio de la posterior intervención que corresponda en el marco del control preventivo de aquellos actos administrativos que aprueben cada adecuación contractual en particular.

Que este acto administrativo, se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial Nº 50, en virtud de la ausencia del Vocal de Auditoría, C.P.N. Hugo S. PANI, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 76/2019.

Que los suscriptos se encuentran facultados para el dictado de la presente, de conformidad con las previsiones de los artículos 2º inciso i), 26, 27 y concordantes de la Ley provincial Nº 50 y sus modificatorias y lo dispuesto en la

sl Resolución Plenaria Nº 124/2016.

W

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

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

ARTÍCULO 1°.- Aprobar el Informe Legal N° 180/2018 Letra: T.C.P.-C.A., con las salvedades expuestas en los considerandos. Ello, por los motivos expuestos en el Exordio.

ARTÍCULO 2°.- Notificar al Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. Luis A. VAZQUEZ, con remisión del Expediente del registro de la Gobernación Letra: MO N° 22618/2018, caratulado: “S/ READECUACIÓN CONTRATO DE OBRA PÚBLICA”, debiendo tener presente lo advertido en el Informe Legal citado respecto de la foliatura de dichos actuados.

ARTÍCULO 3°.- Notificar en la sede de este Organismo, con copia certificada de la presente, al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO y al Auditor Fiscal a cargo de la Secretaría Contable, C.P. Rafael A. CHORÉN.

ARTÍCULO 4°.- Registrar. Comunicar. Publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 092 /2019.

C.P. Luis María CAPELLANO
VOCAL CONTADOR
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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Informe Legal N° 180/2018

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

Expte. N° 22618/2018 – Letra M.O.

Ushuaia, 10 de diciembre de 2018

SEÑOR SECRETARIO LEGAL

DR. SEBASTIAN OSADO VIRUEL:

Viene a esta Secretaría Legal el expediente del corresponde, perteneciente al registro del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, caratulado: *"S/READECUACION CONTRATO DE OBRA PUBLICA"*, a fin de tomar intervención y proceder a emitir opinión, en relación a la Resolución M.O. y S.P N° 536/18 agregada a fojas 26/28.

I. HECHOS

En las presentes actuaciones, el Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios, señor Guillermo Pablo WORMAN, requirió la apertura de un expediente administrativo con el objeto tratar la problemática expuesta por las empresas contratistas del Ente y acompañó las notas remitidas por estas últimas, afirmando: *"(...) teniendo en cuenta de que, en principio, se trata de una problemática común a todas las empresas adjudicatarias de las obras*

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

públicas contratadas por esta Dirección, solicito tenga a bien disponer la apertura de un expediente interno para su evaluación integral.

Fecho, se requiere la intervención del Servicio Jurídico del ente, a fin de que se pronuncie sobre la procedencia de las peticiones, sobre la factibilidad de readecuación de los contratos que se encuentran en ejecución, y en su caso, respecto de las medidas que podrían implementarse en miras al interés público comprometido en el principio de continuidad de la ejecución de las obras”.

Las notas adunadas pertenecientes a las firmas Emtecon S.A. (fs. 4, 12/13), Constructora Dos Arroyos S.A. (fs. 6/7) y Juan Felipe Gancedo S.A. (fs. 8/11), exponen diferentes problemáticas de cada una de las empresas en relación a la obra pública que vienen desarrollando. Así, la primera de ellas solicitó: “Por medio de la presente, solicitamos a ud. arbitre algún tipo de Compensación y o Adecuación en los precio de los micro y macro medidores de la Obra de referencia, nuestra solicitud se fundamenta en que los mismos al ser un componente totalmente importado y teniendo en cuenta lo imprevisible y significativo de la variación de la moneda estadounidense en el mercado local (\$17,70 valor del dólar estadounidense a la fecha de licitación) ha provocado la rotura en la ecuación económica-financiera de los valores contratados, con lo cual se hace difícil la prosecución de la obra”.

La segunda de las empresas, expuso: “ (...) por ser hecho de público conocimiento, la actual situación de la economía ha producido el cierre del mercado financiero, el incremento imprevisible de las tasas de descuento de obras públicas, los que se ven por demás enviciados como consecuencia de los anuncios de recortes en la obra pública (...).



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Denunciamos esta situación de Fuerza Mayor, para su consideración como causal de prórroga de plazo, y el resarcimiento de los perjuicios financieros, como consecuencia de contrataciones pendientes de cerrar a la espera de la aprobación de los documentos parciales de Proyecto Ejecutivo, actualmente en vuestro poder para su revisión y posterior aprobación.

Todo lo cual valorizaremos en su real incidencia temporal y económicamente, cuando se regularice la situación actual, y como causal de mayor plazo y reconocimiento económico, ante esta situación de fuerza mayor”.

Por último, la tercera de las empresas mencionadas afirmó: “Es una obra que mas allá de cualquier ponderación primaria, podía sufrir modificaciones en su desarrollo, es así que, en este caso, los volúmenes y cuantías surgidos en el ante-proyecto y que sirvieron de base a la cotización realizada resultaron superados por la realidad de los estudios y cálculos realizados por nuestro calculista y ratificados por la aprobación de la DPOSS, tal como se ha descripto.

La correcta ejecución de la obra, ha motivado un incremento por sobre lo contratado, en el ítem hormigón H-21, superior al 41% en volumen (...) en orden del incremento de estos volúmenes resulta excesivamente oneroso para esta contratista y le ocasionan un grave perjuicio a su patrimonio, lo que pone en riesgo la normal prosecución de los trabajos que restan.

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

En función de todo lo que antecede, se solicita la aprobación de la planilla de adicionales presentada por Nota de Pedido N° 67”.

Por otro lado, la Asesoría Jurídica del Ente emitió el Dictamen N° 21/2018 Letra A.L. del 22 de noviembre del año 2018, en el que consideró entre otros argumentos: *“Sobre esta base y teniendo en cuenta asimismo que la obra pública es un contrato de larga duración en el tiempo, con gran inversión en costos, se desarrollaron los dos principios cardinales de esta contratación: el equilibrio de la ecuación económico-financiera y la intangibilidad de la remuneración del contratista (...) Cuando este beneficio, esa remuneración, ese precio fijado sufre un menoscabo por causas no imputables al contratista, éste tiene derecho a que el importe sea restablecido por la Administración.*

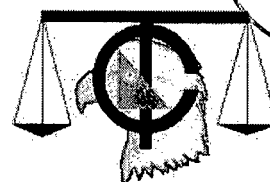
Necesariamente estas alteraciones de la ecuación económica-financiera del contrato debidas a alteraciones de los precios de los insumos, deben ser subsanadas para mantener la citada ecuación del contrato y en consecuencia el equilibrio obligacional originario”.

Por otra parte afirmó: *“Estas situaciones macroeconomicas no pudieron ser previstas ni por esta Dirección Provincial al momento de realizar el llamado ni por los contratistas al momento de realizar sus ofertas provocando a simple vista una ruptura tanto de la ecuación económico financiera como a nivel presupuestario.*

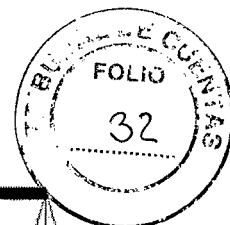
Ante este contexto el art. 1091 del Código Civil y Comercial contempla la teoría de la imprevisión en materia contractual (...).



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Esta traslación de reglas del derecho privado al derecho administrativo ha sido aceptada desde antaño por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...).

En sintonía con lo expresado, la Procuración General del Tesoro de la Nación, ha dicho sobre los precios ciertos y determinables prefijados en los contratos de obra pública que 'si se modifican las condiciones normales para su aplicación conforme la previsión de las partes, el contratista tiene derecho a compensación por la teoría de la imprevisión' (Dictámenes 103:243, pub. En Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 8, marzo de 1981, pág. 11)".

A posterior consideró: "De allí la necesidad de buscar herramientas normativas que permitan conciliar el interés de los contratistas con el que posee esta Administración de evitar por todos los medios legales a su alcance la paralización de las obras publicas".

Por último concluyó: "Por todo lo expuesto, este servicio no encuentra obstáculos normativos para que la autoridad competente (Ministerio de Obras y Servicios Públicos) proceda a dictar un acto administrativo que autorice a esta Dirección Provincial a renegociar los contratos de obra pública que se encuentran en proceso de ejecución, bajo las condiciones propuestas.

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

En el supuesto de compartir el criterio, adjunto al presente proyecto de acto que sería del caso dictar por parte del Sr. Ministro de Obras y Servicios Públicos”, acompañando para ello el proyecto de acto administrativo a fojas 22/24.

En consideración de lo actuado el Presidente de la Dirección Provincial de Obras y Servicios, mediante Nota N° 2508/2018, Letra D.P.O.S.S., informó al Ministro de Obras y Servicios Públicos: “(...) *que en función a la situación económica actual algunas empresas adjudicatarias de las obras públicas contratadas por esta Dirección Provincial solicitaron la adecuación de precios, prorroga en el plazo de obra, entre otras alternativas (fs. 2/11).*

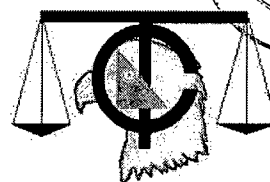
A tal efecto y teniendo en miras el interés público comprometido en el principio de continuidad de la ejecución de las obras, solicité del servicio jurídico de la Dirección Provincial a mi cargo, emita un dictamen sobre la factibilidad de la readecuación de los contratos en proceso de ejecución y en su caso se proponga las medidas que podrían implementarse.

El asesor jurídico emitió Dictamen A.L. N° 21/2018 (fs. 12/19) donde se propone que en función a las facultades que tiene delegadas en el artículo 20 bis inc. 9 de la Ley Provincial N° 1060, proceda al dictado de una Resolución donde se autorice a esta Dirección a renegociar los contratos de obra pública que se encuentren en proceso de ejecución y de las cuales sea comitente, con las particularidades y límites expuestos en el proyecto que se encuentra agregado a fs. 20/22”.

A posterior, se agregó a fojas 26/28, la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 suscripta por el Ministro de Obras y Servicios Públicos, Profesor Luis Alberto VAZQUEZ, emitida el 30 de noviembre del año 2018.



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Por último, se encuentra adunada la Nota N° 999/18, Letra M.O. y S.P. del 30 de noviembre del año 2018, dirigida al Tribunal de Cuentas, que remitió el expediente y solicitó: *"En virtud de la relevancia que cobra la habilitación de un remedio extraordinario como es la renegociación de los contratos de obra pública, no obstante de prever, mediante la resolución en ciernes, un acotado repertorio de opciones en relación a dicha readecuación, es que se solicita la intervención del órgano de contralor externo provincial a los efectos de realizar el control preventivo de legalidad de la Resolución M.O. Y S.P. N° 536/18. Ello, fundado en lo previsto por el artículo 2° inciso a) de la ley provincial N° 50"*.

Receptadas las actuaciones en este Tribunal, pasan a esta Secretaría Legal a los fines de su análisis.

II. ENCUADRE NORMATIVO

Preliminarmente es necesario encuadrar la remisión traída a análisis para determinar el procedimiento y los efectos de la intervención de este Tribunal.

En ese sentido, el Ministro de Obras y Servicios Públicos en la Nota de remisión de las actuaciones solicitó como se dijo: *"(...) la intervención del órgano de contralor externo provincial a los efectos de realizar el control*

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

preventivo de legalidad de las Resolución M.O. Y S.P. N° 536/18. Ello fundado en lo previsto por el artículo 2° inciso a) de la ley provincial N° 50”.

El inciso citado en relación a las funciones del Tribunal dispone: “a) *ejercer el control preventivo de legalidad y financiero respecto de los actos administrativos que dispusieran fondos públicos, así como en aquellos relativos a inversiones de fondos, percepción de caudales públicos u operaciones financieros patrimoniales del Estado provincial. En ningún caso, la inexistencia de control preventivo obstará el control posterior”.*

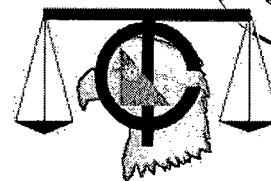
La resolución traída a análisis, a criterio del suscripto no engasta en el supuesto de remisión para el ejercicio del control preventivo por este Tribunal, atento a que por su intermedio no se disponen fondos públicos mediante un acto administrativo en particular, ni se relacionan a la inversión de éstos o con la percepción de caudales u operaciones patrimoniales del Estado provincial directamente.

Para ejercer este control de legalidad dentro del marco de competencias asignadas por el inciso a) del artículo 2° de la Ley provincial N° 50, se requiere estar en presencia de un acto administrativo que tenga impacto patrimonial y no una mera potencialidad, como es el acto traído a examen.

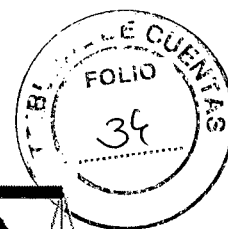
El control de legalidad no relacionado o encuadrado en una función económica, quedaría en principio reservado a otros órganos del Estado provincial en el marco de otros procesos administrativos o judiciales, lo que no obsta reconocer, que la resolución en examen como acto no normativo de alcance general, puede ser la base de sustento de futuros actos particulares que tengan



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

impacto patrimonial efectivo y si tramiten por el artículo y procedimiento citado por el peticionante.

En consecuencia y dada la trascendencia de la resolución arrimada, entiendo posible expedirse en el marco de las facultades otorgadas a este Tribunal por el inciso i) del artículo 2º de la Ley provincial N° 50, atento a que en definitiva, la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 pasará a formar parte del elenco normativo a analizar en el marco del control de este Tribunal, de los potenciales actos administrativos dictados como consecuencia de su artículo 6º.

Para ello, es menester analizar el expediente integralmente a la luz del Anexo I de la Resolución Plenaria N° 124/16 y la requisitoria allí determinada. En ese sentido, si bien en principio se observa la falta de algunos elementos requeridos, atendiendo a la readecuación del procedimiento que se propugna, es dable entender y justificar excepcionalmente su omisión en este caso particular.

Determinada la forma de intervención en el expediente en trámite, se procederá al análisis del mismo previo a poner de resalto, un error en la foliación del expediente por repetición de foja 27.

III. ANÁLISIS

En orden al correcto tratamiento de la temática, corresponde analizar previamente la competencia del órgano para el dictado de la norma a estudio.

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

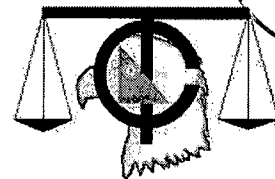
En ese sentido, el Ministro de Obras y Servicios Públicos en los considerandos de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 cita el inciso 9°, del artículo 20 bis de la Ley provincial N° 1060, modificada por la Ley provincial N° 1137, que dispone: *“Son atribuciones y competencias del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, asistir a la Gobernadora de la Provincia y al Ministro Jefe de Gabinete, en orden a sus competencias, en todo lo inherente a la infraestructura en comunicaciones, la minería, la energía, el saneamiento y en las obras públicas, la vivienda, las obras de explotación y aprovechamiento sustentable de los recursos hídricos, la actividad vial y la planificación de la inversión pública tendiente a un equilibrado desarrollo del territorio provincial; y en particular: ... 9) coordinar, colaborar y dictar normas relacionadas con la contratación, construcción y conservación de obras públicas;”*.

Se destaca en particular, que el Legislador le otorgó al Ministerio de Obras y Servicios Públicos esa competencia expresa y específica, concomitante a la competencia genérica que en materia reglamentaria, el artículo 10 inciso b) 4) de la misma ley dispone para todos los Ministerios, dotándolos de capacidad para expedir: *“(...) los reglamentos que deban dictarse para asegurar el cumplimiento de las leyes;”*.

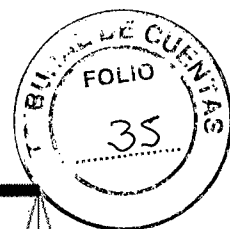
Esa facultad particular otorgada por la Ley de Ministerios, tendría su encuadramiento constitucional en el artículo 136 segundo párrafo de la Carta Magna provincial, que dispone: *“Una ley especial determinará los ramos, funciones y responsabilidades de cada uno de ellos, cuya iniciativa corresponde al Poder Ejecutivo”*, para a completar con su artículo 139 que determina: *“Los ministros sólo podrán resolver por sí mismos los asuntos referentes al régimen*



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

interno y disciplinario de sus respectivos departamentos y dictar providencias de trámite, salvo delegación expresa".

Desde esa óptica y teniendo en consideración lo específico del inciso 9º, del artículo 20 bis de la Ley provincial N° 1060, modificado por la Ley provincial N° 1137, se puede afirmar, que la norma proyectada se encontraría dentro del espectro de competencias otorgadas por el Legislador al Ministerio respectivo, máxime teniéndose en cuenta que las modificaciones contractuales serán establecidas de común acuerdo entre las partes conforme a los artículos 5º y 6º de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18.

A la par y en relación a lo normado particularmente en la resolución, calificada doctrina entiende: *"Al contrario, corresponde a la esencia misma de todo contrato administrativo, stricto sensu, la posibilidad de que la Administración, durante un lapso de ejecución del contrato, introduzca sucesivamente todas las 'modificaciones' requeridas por los intereses públicos. Esta potestad de la Administración va ínsita en todo contrato administrativo propiamente dicho, al extremo de que la vigencia de tal potestad no requiere estipulación expresa alguna: va sobreentendida"* (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo - TOMO III, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular* - pág. 6).

Desde la misma atalaya y en relación a la modificación del contrato administrativo a posterior del momento de su concreción, se expuso: *"Siempre*

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

hemos pensado que el costo económico eventual de un respeto riguroso de las formas, en el derecho administrativo, se justifica frente al fortalecimiento institucional que implica el cumplimiento de la legalidad.

Sin embargo, entendemos que, excepcionalmente, se podría aceptar una modificación de los términos originales de la contratación, aun cuando ella genere beneficios no previstos inicialmente para el contratista, siempre que el cambio responda a necesidades objetivas de interés público, surgidas con posterioridad a la celebración del contrato, y que se pueda demostrar, fehacientemente e inequívocamente, la inexistencia no solo de oferentes, sino, incluso, de otros potenciales proponentes en condiciones de invocar fundadamente que la modificación afecta a su derecho a la igualdad (COMADIRA, Julio Rodolfo, `La Licitación Pública, Nociones, Principio, Cuestiones` Editorial Depalma, Buenos Aires 2000, página 68).

Con ello se observa, que el fundamento de la prerrogativa en orden a la modificación de un contrato administrativo, inclusive unilateralmente, tiene como fundamento la satisfacción de un interés público, por lo que la potestad impera dentro de las prerrogativas estatales, a la par, que por tener como fundamento el orden público se hace irrenunciable.

Lo expresado, no significa haber efectuado un examen exhaustivo de compatibilidad con otras normas dictadas por el Poder Legislativo en su función originaria en la materia o por el Poder Ejecutivo en su función reglamentaria, sino únicamente en relación a la potestad genérica de dictar una norma de ese tipo en relación a las competencias del órgano y facultades propias del Estado.



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Ahora, entrado al análisis de la norma y en relación a la función de control que ejerce el Tribunal, se puede observar una indefinición en el artículo 6° que podría traer problemas en la interpretación.

Así, al adecuar un contrato, el artículo prescribe: *"El texto final de instrumento de la adecuación contractual, previa aprobación mediante acto administrativo, deberá ser publicado en los mismos medios y plazos utilizados en el procedimiento de selección"*, resultando ambiguo en relación a si la aprobación por acto administrativo del texto readecuado, se realiza a posterior de su publicación o si por el contrario, el texto readecuado se publica y a posterior y después de aceptarse las presentaciones que pudieren realizar los terceros como se menciona a fojas 20 vuelta, se aprueba mediante acto administrativo que lo ratifica.

Lo expuesto cobra importancia no solo por las consecuencias o tratamiento que se le puedan dar a esas presentaciones de terceros, sino también y en relación a la competencia de este Tribunal, a los fines de determinar la forma y el tiempo para el ejercicio del control externo de corresponder.

Resulta claro que la readecuación de los contratos originales en los términos de la resolución, producirán previsiblemente una modificación de las obligaciones contractuales con posible impacto presupuestario, lo que representaría en principio, un acto administrativo en los términos del inciso a) del artículo 2° de la Ley provincial N° 50, por lo que deberían ser remitidos a este Tribunal conforme

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

a los parámetros de la Resolución Plenaria N° 01/01 y la Resolución Plenaria N° 18/18 de Planificación Anual del Tribunal.

Por consecuencia, entiendo que tratándose en definitiva de actos administrativos de alcance particular, previo a la notificación del interesado pero posterior a la publicación para el conocimiento de terceros y determinación que la modificación no afectó el principio de igualdad y transparencia, deberán pasar por el control preventivo de este Tribunal conforme a las Resoluciones Plenarias citadas *ut supra*.

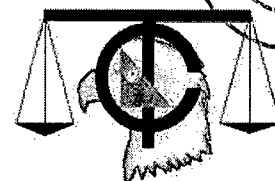
En otro análisis de la temática, no puede soslayarse la existencia de institutos en la normativa legal que podrían servir en principio a los propósitos buscados y tratar de encaminar una solución a los casos particulares de las tres empresas contratistas expuestos en el expediente, procurando un posible restablecimiento de la ecuación económica-fianciera por su intermedio.

En particular, se observa como institutos regulados el de la redeterminación de precios establecida por el Decreto provincial N° 1367/16 adhiriendo al Decreto nacional N° 691/16, las facultades de los artículos 30 y 37 de la Ley nacional N° 13064 y lo dispuesto por el Decreto nacional 1186/1984 en relación a la reglamentación del artículo 35 de la Ley 13064 entre otras.

Asimismo tampoco puede olvidarse, la existencia de principios rectores en la materia que deben ser respetados en el uso de las herramientas dispuestas por la resolución, como ser el principio de razonabilidad y transparencia e igualdad entre otros (incisos a, b y c del artículo 3° de la Ley provincial N° 1015).



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Ello es traído a consideración, atento a que conforme a los considerandos del la Resolución M.O. Y S.P. N° 536/18, las herramientas otorgadas por el artículo 3° son de carácter de excepcional al afirmar: *"Esta Administración entiende que no debe demorarse el restablecimiento de la ecuación económico-financiera hasta el momento de una resolución judicial, sino que debe llevarse a cabo en sede administrativa. En ese sentido, debe ponderarse especialmente que, si no se adoptaran medidas extraordinarias (...).*

Esta caracterización de las herramientas creadas por la norma como excepcionales, habilitaría su uso a entender de esta parte, cuando los institutos ordinarios ya previstos normativamente no otorguen una solución, o ésta sea parcial o extemporánea, lo que se traduce a criterio del suscripto, en la necesidad de fundar expresamente el uso de estas herramientas en cada expediente en particular, mediante un informe técnico circunstanciado, que compare su uso con el uso de las otras herramientas ordinarias previstas, demostrando expresamente la ineficacia o insuficiencia de estas últimas y lo acertado y eficaz del uso de la herramienta extraordinaria otorgada por la resolución (art. 3 inciso e, Ley provincial N° 1015).

Así, se deberá acreditar mediante informes técnico-económicos circunstanciados en el expediente administrativo por el cual tramita la readecuación, no sólo el desajuste de la ecuación económica-financiera del contrato y que este no les imputable al contratista por su culpa, como veremos más adelante, sino también -como se dijo- se deberá acreditar que las herramientas

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

ordinarias del sistema no alcanzan para su recomposición, por lo que se justifica este uso extraordinario, debiendo ejercer la facultad de observación este Tribunal, en los términos del artículo 4º inciso b) de la Ley provincial N° 50, en el trámite de cualquier readecuación que haga caso omiso y no fundamente y pruebe en el expediente todos estos extremos.

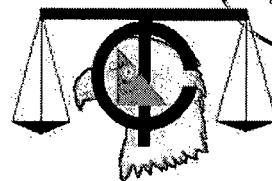
En ese sentido lo entendió el propio Ministro al exponer en los considerandos: *“Que si bien la Teoría de la Imprevisión se trata de un instituto esencialmente de derecho privado, sus principios pueden ser aplicados por analogía a los contratos de obras públicas, según lo dispuesto por el artículo 2 del Código Civil y Comercial, preservando claro está, las características y particularidades impuestas por la naturaleza propia de estos últimos, tales como el principio de igualdad y el principio de transparencia, ponderando las pautas rectoras de los artículos 30, 37, 38 y 39 de la Ley Nacional N° 13.064”*.

Así también ponderó: *“Que en cuanto a la teoría de la imprevisión, se ha sostenido que cuando no sea factible mantener el equilibrio de la ecuación económico-financiera de los contratos de obra pública a través de su precio fijo originario, mas los precios redeterminados, la solución jurídicamente acertada del tema podría ser contemplar la teoría de la imprevisión”*.

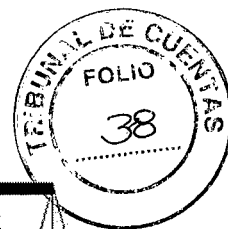
En otro orden, es necesario analizar lo expuesto en los considerandos de resolución al mencionar el artículo 1091 del Código Civil y Comercial, justificando bajo este prisma la creación y uso de estas herramientas extraordinarias, por lo que deberán guardar las eventuales soluciones adoptadas en el marco de la resolución, estrecha relación con los fundamentos de la norma civil.



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

Así las cosas, en el artículo 1091 del Código Civil y Comercial se observa que la facultad de peticionar la readecuación resultará procedente, cuando se dé una alteración extraordinaria y sobrevenida, imposible de ponderar al momento de suscripción del contrato y, que en particular, debe ser ajena a las partes y al riesgo empresario.

En relación a la alteración extraordinaria y sobrevenida que no pudo ser ponderada al momento de la contratación, en los considerandos de la resolución se caracteriza como la coyuntura económica y el brusco cambio interanual de las variables macro económicas fundamentales producidas en la economía, con fundamento en indicadores del Banco Central de la República Argentina.

Ahora, si bien en principio esta causa sería ajena a las partes, deberá tenerse en cuenta en cada readecuación de los contratos y en especial en los considerandos que los autoricen, que esa situación no haya sido agravada por la falta o tardía ejecución de las obras por parte del contratista (art. 39 ley N° 13064) por incumplimiento del plan de trabajo o el retraso en la curva de inversión sin que exista causa de justificación, lo que deberá ser acreditado en el expediente de corresponder, es decir, el contratista que adhiera a la presente resolución en los términos del artículo 5°, deberá acreditar en el expediente el regular cumplimiento de las obligaciones contractuales hasta la fecha o la existencia de una causa exculpatoria que justifique el incumplimiento.

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

Ello, por cuanto lógicamente y siguiendo el mismo criterio rector de los procedimientos de redeterminación de precios, no es viable que la Administración Pública cargue con los desfasajes monetarios producidos durante el lapso de la mora imputables al contratista.

Por último, en relación a la readecuación del contrato conforme a las opciones planteadas por el artículo 3º de la Resolución M.O. y S.P. N° 536/18 con el objeto de mantener la ecuación económica-financiera y permitir la continuidad de la obra, se debe tener en cuenta lo afirmado por calificada doctrina que sostiene: *“Así las partes deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato en términos tales de reequilibrar el acuerdo originario. La regla básica es entonces que la parte favorecida debe asumir el desequilibrio de las prestaciones con el objeto de mejorar equitativamente los efectos causados.*

Quizás conviene recordar aquí que según J. LLAMBIAS `en cuanto al criterio de revisión debe procurar una repartición equitativa del riesgo sobrevenido entre las partes afectadas, sin ignorar enteramente lo que ellas convinieron al comienzo, antes de la ocurrencia de riesgo. No se trata, a nuestro juicio, de proceder a-novo a fijar las prestaciones de las partes con total independencia de lo prevenido en el contrato inicial, sino solo de expurgar a ese acuerdo de la 'flagrante injusticia' que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle.

(...) pues la teoría de la imprevisión no es un dispositivo que permita a alguien desligarse de los malos negocios, sino un remedio heroico que impide la grosera vulneración de la justicia (...) El resultado será que el evento acontecido seguirá actuando a favor del acreedor y contra el deudor, pero no con



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



"2018- AÑO DE LOS 44 HÉROES DEL SUBMARINO ARA SAN JUAN"

la intensidad de los hechos ocurridos, y a la postre el acreedor habrá realizado un buen negocio, como el deudor un mal negocio, pero en términos soportables" (BALBIN Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo - Tomo V*, Editorial La Ley, 2011, pág. 546/547).

En ese sentido también lo entendió la jurisprudencia: *"Sin embargo, aun es en estos supuestos (imprevisión) la corrección de la distorsión no puede eliminar por completo el riesgo empresario, de modo que llegue a cubrir todo el quebranto experimentado por el contratante (conf. Marienhoff...) debiendo asegurarse la vigencia, en todo caso, del principio de sacrificio compartido"*, CNFed Contencioso Administrativo, Sala IV, *"Sumi-Tot S.A. c/ Ferrocarriles Argentinos – Estado Nacional s/ contrato administrativo"* sentencia del 12 de febrero de 2002.

Por ello, a la luz de la readecuación de los términos del contrato conforme a los parámetros establecidos en el artículo 3º, la autoridad correspondiente deberá tener en cuenta al restablecer la ecuación económica-financiera, que deben existir concesiones que hagan notar el esfuerzo compartido de ambas partes en la readecuación.

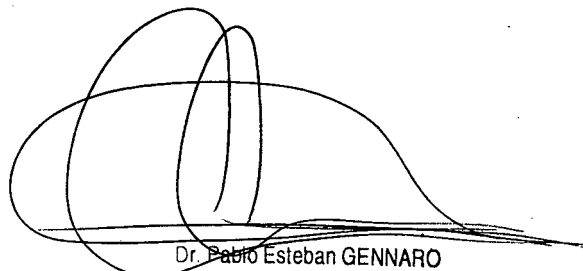
CONCLUSIÓN

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

En razón de lo expuesto, se sugiere al Cuerpo Plenario de Miembros, que encuadre la presente remisión en orden a su trámite, en el marco de las funciones otorgadas a este Tribunal por inciso i) del artículo 2º, de la Ley provincial N° 50, ello en razón de los considerandos expuestos, debiendo tener presentes asimismo, las consideraciones realizadas en este Informe para su comunicación al respectivo Ministerio.

Asimismo se recomienda, que una vez receptadas las actuaciones por la autoridad de trámite, proceda a su refoliado en la página 27 en orden a mantener la correcta foliatura de los actuados.

Elevo a usted las actuaciones con 39 fojas útiles (40 en su correcta foliatura) para su análisis y posterior remisión al Cuerpo Plenario de Miembros del Tribunal.



Dr. Pablo Esteban GENNARO
Abogado
Mat. N° 782 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia