PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTARTIDA E ISLAS DEL ATLANTICO SUR REPUBLICA ARGENTINA

RESOLUCIÓN REGISTRADA BAJO EL Nº 318

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

Ushuaia, 15 DIC 2022

VISTO: el Expediente del registro de la Dirección Provincial de Puertos N.º 48/2021 Letra DPP, caratulado: "PAGO DE ANTICIPO FINANCIERO Y CERTIFICADOS DE LA OBRA Expte. 222/2020 S/ REMODELACIÓN SALÓN DE USOS MÚLTIPLES DE LA D.P.P."; y,

CONSIDERANDO:

Que por las presentes actuaciones tramita la Licitación Privada Nº 02/2021, destinada a la primera etapa de la remodelación del salón de usos múltiples – sum de la Dirección Provincial de Puertos.

Que en ese contexto, a fs. 501/507 obra el Informe Contable N.º 316/2022 Letra: TCP-AOP suscripto por la Auditora Fiscal C.P. María de los Milagros ECHAGÜE, en el que expone los antecedentes del caso y arriba a la conclusión que a continuación se transcribe:

*"(…) **3. Antecedentes***

El expediente de referencia fue remitido en el marco del Control Posterior. Se emitió en primer lugar el Informe Técnico N.º 138/2022 Letra: TCP-SC-AT (fs.416/418) donde se detectaron dos (2) inconsistencias formales y se formularon seis (6) requerimientos. Luego tomó intervención el área contable de GEOP, emitiéndose en consecuencia el Acta de Constatación TCP N.° 067/2022–AOP (fs. 419/431) del 29/06/2022, donde se dejaron plasmados diez (10) incumplimientos formales, once (11) requerimientos y tres (3) notas.

Posteriormente, el 02/08/2022 regresan las actuaciones con descargo formal al Acta de Constatación mediante Nota N.° 285/2022, Letra: D.G.A. de fecha 01/08/2022, obrante a fojas 482/483, suscripta por el Director

General de Administración R. Adrián COLLADO. Se adjuntó documentación de fojas 432 a 481.

Tomado intervención de las actuaciones se emitió el Informe Técnico N.º 201/2022, Letra: TCP-SC-AT, el cual concluye que se dio cumplimiento a los requerimientos efectuados anteriormente, formulando asimismo cuatro (4) recomendaciones y un (1) nuevo requerimiento. A continuación, se emite Acta de Constatación N.º 105/2022 – AOP, con fecha 30/08/2022. En la misma se indica que, respecto de los Incumplimientos Formales N.º 1 a N.º 10, no obra descargo formal, mientras que en relación a los Requerimientos N.º 1, N.º 2, N.º 3, N.º 5, N.º 8, N.º 9 y N.º 10 se concluye que se ha dado cumplimiento a lo allí solicitado. Por otra parte, en referencia a los Requerimientos N.º 4, N.º 6, N.º 7 y N.º 11 se consideró que los mismos configuraban nuevos apartamientos normativos.

En este sentido, se incorporan dos (2) incumplimientos sustanciales, dos (2) incumplimientos formales y dos (2) notas, los cuales se analizan en el apartado siguiente.

4. Análisis

1.1 Incumplimientos sustanciales

***Incumplimiento Sustancial N.º 1**: 'Con carácter de **incumplimiento sustancial** se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, punto 24, ello en virtud de que se establece que el contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente.'*

• ***Descargo**: Se incorpora Nota N.º 139/2022, Letra D.E.yP. de fecha 06/09/2022, en la que el M.M.O. Hugo Marcelo MIGLIORINI, indica: 'Se entiende la gravedad del incumplimiento sustancial al verificar un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, punto 24, el cual se tendrá en cuenta para Contrataciones Futuras.*

Sin perjuicio a ello esta IO interpretó que al haber informado en la etapa de preadjudicación, que la empresa 'al ser una contribuyente inscripta bajo el régimen simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) (…) y al remitir en los sucesivos Certificados de Obra comprobantes de Monotributo del personal afectado a la obra, es decir la Empresa nunca remitió formulario 931.

No habiendo recibido observación alguna de las áreas competentes en materia administrativa y contable, se estimo que si bien no fui informado, la autoridad de la DPP había aceptado la subcontratación tal lo establece el artículo 24 "El contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente en tal sentido.'

Atento a lo expuesto esta IO tomará las recomendaciones a fin de solicitar en futuras obras que se incorpore al expediente los actos administrativos que avalen este tipo de subcontratación, no incurriendo en este error y malentendidos con las actuaciones del tema que nos ocupa.'

***Análisis:** Se toma conocimiento del descargo aportado por la Inspección de Obra mediante Nota N.° 139/2022, Letra D.E.yP., no obstante ello, el presente incumplimiento no se considera subsanado atento que no existió autorización <u>previa y expresa</u> por parte del comitente para la subcontratación, conforme lo establece el Pliego de Bases y Condiciones en su artículo 24.*

***Incumplimiento Sustancial N.° 2:** 'Con carácter de incumplimiento sustancial se verifica un apartamiento a la Resolución de Contaduría General N.° 12/2017, ello por cuanto surge de las actuaciones que se procedió a recuperar parcialmente el anticipo financiero otorgado, habiendo efectuado erróneamente retenciones las cuales generaron un crédito a favor del contratista.'*

• ***Descargo:*** *Se incorpora Nota N.º 14/2022, Letra: TESORERÍA, de fecha 13/09/2022, en la que la Directora Contable y Patrimonial C.P. Viviana G. MANSILLA VARGAS, indica: 'Al respecto se indica que, la Contratista, cambió de condición fiscal como contribuyente del Impuesto sobre los Ingresos Brutos durante la ejecución de la obra, toda vez que, de estar en el Régimen Simplificado al momento el pago del Certificado de Obra N.º 01, pasó a Empresa Constructora a partir del pago del Certificado de Obra N.º 02, situación ésta que dio origen al error producido por retener del importe del recupero proporcional del Anticipo Financiero el impuesto a los Ingresos Brutos (IIBB) y el Fondo de Financiamiento de Servicios Sociales (FFSS) de los siguientes certificados (…) De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de $ 7.693,52 en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.*

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, es decir con Acta de Recepción Definitiva emitida (con Reservas) y que todos los pagos efectuados anteriores a ésta tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, ***el importe no recuperado se va a descontar de dicha liquidación****, ello de conformidad al* ***Punto 55.-*** *Del Pliego de Bases y Condiciones Generales.*

Téngase asimismo presente que, el sistema del Gen Financiero, al momento de inscribir una persona humana o jurídica como Empresa Constructora, automáticamente calcula los descuentos, razón por la cual la Tesorería no advirtió en esa oportunidad el error producido.'

• ***Análisis:*** *Visto el descargo efectuado mediante Nota N.º 14/2022, Letra: TESORERÍA se considera subsanado el incumplimiento detectado, dejando constancia de que se verificará la correcta devolución en forma posterior.*

1.2 Incumplimientos formales

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

Incumplimientos detectados en primer intervención:

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 1:***

"Con carácter de incumplimiento formal se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso c) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro de Todo Riesgo de la Construcción ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto."

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 2:***

'Con carácter de incumplimiento formal se constató que contrario al Artículo 21 inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las pólizas de Cobertura de Accidentes Personales no cubrían al personal e inspección de obra al momento del inicio de la obra. Atento al inicio en fecha 15/10/2021 (fs. 22), consta que la Inspección de Obra se encontró sin cobertura entre las fechas 15/10/2021 y 20/10/2021 inclusive, y que personal de la empresa se encontró sin cobertura entre el 15/10/2021 y 20/10/2021, en algunos casos incluso hasta 27/10/2021.'

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 3:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso e) del Pliego de Bases y*

Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro Técnico ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto.'

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 4:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se constató que contrario a lo dispuesto en Artículo 21, segundo párrafo, del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las distintas constancias de coberturas y seguros no han cumplido en ser presentadas al comitente con un mínimo de 10 días corridos previos al inicio de los respectivos riesgos y no han sido por su parte analizadas por el propio comitente.'*

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 5:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó un incumplimiento al Punto 50 del Pliego de Bases y Condiciones General que establece que la retención por fondo de reparo será del 5% del monto de Certificado Básico. En relación al certificado de obra N.º 1 se verificó que la suma retenida resulta inferior en $3.610,35-.*

Al respecto, es dable destacar que las retenciones practicadas en los comprobantes de pago correspondientes al registro del Recupero de los Anticipos no resultan correctas a prima facie, ello por cuanto se esta registrando el recupero por una suma inferior a la efectivamente otorgada.'

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 6:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó en todas las instancias de intervención de auditoría interna la falta del informe auxiliar de auditoría dispuesto por la Resolución C.G.P. N.º 38/2021.'*

▪ ***Incumplimiento Formal N.º 7:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que la facturación no respetó lo dispuesto por la Resolución C.G.P. N.º 12/2017 en el inciso b) de su Anexo I, en tanto dispone que el descuento del anticipo financiero*

debe ser por descuento dentro de la factura y no por una nota de crédito separada.'

▪ ***Incumplimiento Formal N.° 8:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se constató que no obstante lo indicado por el Artículo 48, Punto 4, inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Generales no se ha presentado en ninguno de los cuatro certificados de obra la nómina de personal afectado durante dicho periodo.'*

▪ ***Incumplimiento Formal N.° 9:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que se incumplió el plazo de finalización indicado en el último Plan de Trabajo ratificado por Resolución D.P.P. N.° 879/2021.'*

▪ ***Incumplimiento Formal N.° 10:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que contrario a lo indicado en el Artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, el Acta de Medición y el Certificado de Obra N.° 4 abarcó el período entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022.'*

<u>*Requerimientos devenidos en incumplimientos formales:*</u>

▪ ***Incumplimiento Formal N.° 1:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.° 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022.'*

▪ ***Incumplimiento Formal N.° 2:***

'Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.° 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento*

que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022.'

5. Conclusión

En virtud de lo expuesto en el apartado '4. Análisis', donde se expone puntualmente cada incumplimiento, con su descargo y análisis respectivo, se resumen las conclusiones obtenidas.

Respecto de los incumplimientos que no han sido subsanados, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

Normativa incumplida: *Apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, Punto 24.*

Actos administrativos:

- *Resolución D.P.P. N.º 801/2021, aprueba el CO N.º 01.*
- *Resolución D.P.P. N.º 855/2021, aprueba el CO N.º 02.*
- *Resolución D.P.P. N.º 169/2022, aprueba el CO N.º 03.*
- *Resolución D.P.P. N.º 458/2022, aprueba el CO N.º 04.*

En el presente apartado se han identificado los actos administrativos que aprueban los certificados de obra por entenderse que en forma previa a su emisión debería haberse constatado que el contratista haya cumplido con las condiciones previstas en el PByC.

Agentes responsables: *Roberto Marcial MURCIA, quien en su carácter de Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, suscribió los actos administrativos de aprobación de los certificados de obra.*

Presunto perjuicio fiscal: *Los incumplimientos normativos detectados, no permiten presumir por sí solos la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4 (...)'.*

Que a fs. 508/511 obra el Informe Contable N.º 320/2022 Letra: TCP-SC suscripto por el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable C.P. David R. BEHRENS por el que comparte el Informe Contable que antecede.

Que a fs. 512/524 obra el Informe Legal N.º 329/2022 Letra: TCP-CA, suscripto por la Dra. Beatriz Lilián BRITES, en el cual efectúa el análisis y arriba a la conclusión que se expone a continuación:

"(…) ***II. ANÁLISIS***

En este contexto, cabe señalar que se comparte lo manifestado por la Auditora Fiscal a cargo en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, con respecto a los Incumplimientos Formales señalados en el Acta de Constatación Nº 67/2022, Letra: AOP., en la que se sostuvo que éstos fueron incorporados al Registro de Incumplimientos Formales de la Delegación a fin de poder detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria Nº 122 Anexo I, Punto 1.1.1.

Al mismo tiempo es importante destacar que en relación a dichos incumplimientos el cuentadante no formuló ninguna oposición al momento de formular los respectivos descargos.

Por otra parte, en dicho informe con respecto al Incumplimiento Sustancial Nº 1 se dijo: '(…) Con carácter de incumplimiento sustancial se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, punto 24, ello en virtud de que se establece que el contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente'.

Al respecto, al efectuar el respectivo descargo mediante Nota Nº 139/2022, Letra D.E.y P. de fecha 06/09/2022, el Inspector de Obra (Maestro Mayor de Obras), señor Hugo Marcelo MIGLIORINA, sostuvo: '(…) Se entiende la gravedad del incumplimiento sustancial al verificar un apartamiento a lo

establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, punto 24, el cual se tendrá en cuenta para Contrataciones Futuras.

Sin perjuicio de ello esta lo interpretó que al haber informado en la etapa de preadjudicación, que la empresa `al ser contribuyente inscripta bajo el régimen simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) (…) y al remitir en los sucesivos Certificados de Obra comprobantes al Monotributo del personal afectado a la obra, es decir la Empresa nunca remitió formulario 931.

No habiendo recibido observación alguna de las áreas competentes en materia administrativa y contable, se estimó que si bien no fui informado, la autoridad de la DPP había aceptado la subcontratación tal lo establece el artículo 24 `El contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente en tal sentido´.

Atento a lo expuesto esta tomará las recomendaciones a fin de solicitar en futuras obras que se incorpore al expediente los actos administrativos que avalen este tipo de subcontratación, no incurriendo en este error y malentendidos con las actuaciones del tema que nos ocupa'.

De allí, que la Auditora Fiscal al efectuar el análisis de dicho descargo, sostuvo: '(…) Se toma conocimiento del descargo aportado por la Inspección de Obra mediante Nota N.º 139/2022, Letra D.E.yP., no obstante ello, el presente incumplimiento no se considera subsanado atento que no existió autorización previa y expresa por parte del comitente para la subcontratación, conforme lo establece el Pliego de Bases y Condiciones en su artículo 24'.

Al respecto, es necesario indicar que la Ley nacional Nº 13064, de Obra Pública, en su artículo 23, reza: 'Firmado el contrato, el contratista no podrá transferirlo ni cederlo, en todo o en parte, a otra persona o entidad, ni asociarse para su cumplimiento, sin autorización y aprobación de autoridad competente'.

Es decir que, si bien en principio se establece la prohibición de transferir o ceder el contrato una vez firmado por parte del contratista, ello no

es absoluto, ya que podría hacerse con previa aprobación de la autoridad competente.

En ese sentido, puede verse que la función de la norma mencionada es proteger al estado, ya que al establecer la necesidad de autorización previa de la cesión permite analizar que la empresa cedida tenga las mismas condiciones que la adjudicada, a fin de garantizar el cumplimiento efectivo del contrato.

Al respecto, la calificada Doctrina sostuvo: '(...) EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN PERSONAL

Le concierne al contratista la ejecución material o, en su caso, la organización de los medios de producción necesarios para la realización de la obra, en pos de la obtención del resultado comprometido y en su condición de único responsable frente al comitente.

El principio de realización personal de la encomienda que consagra este artículo, aunque no con alcance absoluto, posee reconocimiento en la doctrina que mayoritariamente coincide en que el cocontratante particular está obligado a asegurar personalmente la ejecución de la obra.

De ello se deriva la inclusión de ordinario en los pliegos de sanciones pecuniarias al contratista o su representante técnico, por ausencia injustificada en el emplazamiento de las obras, así como las consecuencias jurídicas atribuidas por el art. 49 de la LOP que dispone, en principio, la extinción del contrato por muerte del locador, del art. 50, inc. e), de la LOP, que contempla la causal de rescisión culposa por abandono y del inc. d) del mismo artículo que prevé como causal rescisoria la transferencia o asociación sin autorización del comitente.

II. EL CARÁCTER INTUITU PERSONAE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTRATISTA

En orden a justificar el principio de `ejecución personal´, se ha invocado tradicionalmente el carácter `intuitu personae´ de los contratos administrativos que tornan aplicables las previsiones del art. 626 del Código Civil.

Ahora bien, sólo pueden calificarse en sentido estricto como `intuitu personae´ las obligaciones que miran específicamente a las cualidades personales y empresariales del contratista determinantes para el comitente, y que tornan infungible la prestación de que se trate.

Si la prestación es factible de ser realizada por un tercero que posea similares o mejores condiciones de idoneidad que el contratista original, no puede afirmarse que el contrato de obra pública sea, estrictamente, `intuitu personae´.

Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la obligación de hacer involucrada en el contrato de obra pública no posee carácter personalísimo, siendo posible su cumplimiento por otra persona distinta del contratista original.

Corrobora lo expuesto la posibilidad que brinda este artículo de ceder en todo o en parte los derechos y obligaciones emergentes del contrato y otras disposiciones de la LOP por las que presupone, bajo ciertas circunstancias, la realización de las obras por una persona distinta del contratista fallecido o por el síndico de la quiebra'. (Ricardo Tomás DRUETA y Ana Patricia GUGLIELMINETTI 'Ley 13064 de Obras Públicas Comentada y Anotada' 2ª ed.- Buenos Aires, Abeledo PERROT, Año 2013, pág. 166/167).

Ahora bien con respecto a la autorización tácita a la que se hace referencia en el descargo efectuado por el Ente, al contestar el incumplimiento que venimos analizando, cabe señalar que la Doctrina calificada en relación a ello, dijo: '(…) No mediando autorización de la Administración, la cesión del contrato, acordada entre el contratista original y el cesionario, es inoponible a aquélla; adolece de vicio de nulidad y encuadra en una causal de rescisión del contrato por culpa del empresario –art.50, inc. d), de la LOP.

En el régimen del contrato administrativo en general era un principio aceptado que, salvo estipulación en contrario, la cesión lícita del contrato libera al cedente de toda la responsabilidad frente a su comitente y que nada obsta a que la Administración subordine la autorización de la cesión al mantenimiento de la responsabilidad del cedente'. (Op. Cit. pág. 169).

Si bien en el presente caso la obra fue concluida, más allá de haber sido cedida parcialmente por la empresa adjudicada, es importante que la cesión sea efectuada conforme a la norma indicada, ya que su incumplimiento habilita inclusive a la rescisión del contrato.

En consecuencia, dada la situación de aceptación del cuentadante y teniendo en cuenta que la Auditora Fiscal, manifestó que dicha observación sería insubsanable, sería viable la aplicación de los incisos g) o h) del artículo 4 de la Ley provincial Nº 50.

Por otra parte, en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, se indicó un segundo Incumplimiento Sustancial, por ende, allí se dijo: '(…) se verifica un apartamiento a la Resolución de Contaduría General N.º 12/2017, ello por cuanto surge de las actuaciones que se procedió a recuperar parcialmente el anticipo financiero otorgado, habiendo efectuado erróneamente retenciones las cuales generaron un crédito a favor del contratista'.

Sin embargo, al efectuar el análisis del respectivo descargo, la Auditora Fiscal, dijo: '(…) Se incorpora Nota N.º 1449/2022, Letra: TESORERÍA, de fecha 13/09/2022, en la que la Directora Contable y Patrimonial C.P. Viviana G. MANSILLA VARGAS, indica: `Al respecto se indica que, la Contratista, cambió de condición fiscal como contribuyente del Impuesto sobre los Ingresos Brutos durante la ejecución de la obra, toda vez que, de estar en el Régimen Simplificado al momento el pago del Certificado de Obra N.º 01,

pasó a Empresa Constructora a partir del pago del Certificado de Obra N.º 02, situación ésta que dio origen al error producido por retener del importe del recupero proporcional del Anticipo Financiero el impuesto a los Ingresos Brutos (IIBB) y el Fondo de Financiamiento de Servicios Sociales (FFSS) de los siguientes certificados (…). De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de $ 7.693,52 en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, es decir, con Acta de Recepción Definitiva emitida (con Reservas) y que todos los pagos efectuados anteriores a ésta tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, el importe no recuperado se va a descontar de dicha liquidación, ello de conformidad al Punto 55.- Del Pliego de Bases y Condiciones Generales.

Téngase asimismo presente que, el sistema del Gen Financiero, al momento de inscribir una persona humana o jurídica como Empresa Constructora, automáticamente calcula los descuentos, razón por la cual la Tesorería no advirtió en esa oportunidad el error producido.'

Análisis: Visto el descargo efectuado mediante Nota N.º 1449/2022, Letra: TESORERÍA se considera subsanado el incumplimiento detectado, dejando constancia de que se verificará la correcta devolución en forma posterior'.

Por ende, cabe indicar que se comparte lo expresado respecto a que el procedimiento propuesto para subsanar el incumplimiento sería el adecuado, atento a que posteriormente deberá ser descontado de la liquidación final o cierre de Cuentas.

Al respecto, cabe recordar lo manifestado en ese sentido por la Doctrina, ya que allí se dijo: '(…) La PTN ha considerado que `… el certificado

final de cierre de cuentas debe, necesariamente, ser cronológicamente contemporáneo o posterior a la recepción definitiva de la obra …´.

Entre otras, pueden mencionarse las siguientes pautas interpretativas suministradas por la PTN en orden a determinar la existencia de la liquidación final o de cierre de cuentas: i) debido análisis de las cláusulas del pliego referidas a la extinción del contrato; ii) no es necesaria una declaración expresa de ambas partes contratantes que dé por finalizada toda diferencia; iii) ha de merituarse la conducta de las partes con relación a la certificación emitida y sus conceptos –multas aplicadas, compensaciones, devolución de garantías, certificación negativa consentida-, de la que podría presumirse la existencia de la liquidación final de obra o el consentimiento del contratista con ésta, y iv) el pago total del precio, con los ajustes pactados y la entrega definitiva de la obra pone punto final al contrato.

Ello acredita que la recepción definitiva de la obra, de por sí, no constituye el acto conclusivo del vínculo y que todos los pagos efectuados en oportunidad de la recepción definitiva y anteriores a ésta, con o sin reserva, tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, salvo que de la conducta de las partes pueda claramente inferirse con base en pautas objetivas debidamente probadas, que de manera concomitante a la recepción definitiva o con posterioridad a ella, se ha producido el pago total del precio con efectos cancelatorios, o sea, que tuvo lugar el acto liquidatorio de los créditos y débitos entre ambas partes, sin reservas'. (Op. Cit. pág 355).

Por otra parte, en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, al señalar los requerimientos devenidos en incumplimientos formales, se dijo: '(…) Incumplimiento Formal N.º 1:

`Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.° 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022´.

Incumplimiento Formal N.° 2:

`Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.° 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022´'.

En relación a este último incumplimiento señalado, cabe aclarar que se trata del Seguro contra todo riesgo que debían tener todos los trabajadores que desempeñaban tareas en la obra en cuestión, ya que dicha cobertura es obligatoria y, por ende, el empleador debió dar estricto cumplimiento a dicha obligación conforme a las fechas y demás cuestiones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones

En ese sentido, dable señalar que el artículo 36 de la Ley Nacional N° 13064, reza: '(…) El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran. Sin perjuicio de lo establecido en artículo 39, toda infracción al cumplimiento de estas obligaciones podrá considerarse negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato por culpa del contratista y en todos los casos impedirá el trámite y el pago de los certificados de obras'.

En este punto la Doctrina calificada, dijo: '(…) En este artículo se impone al contratista el cumplimiento de las obligaciones laborales y, en

particular, la del pago puntual y completo del salario que le corresponde percibir al personal aquél emplea en la obra, admitiéndose sólo las deducciones expresamente autorizadas por normas de rango legal o reglamentario o aquellas derivadas de decisiones judiciales.

(…) Esta norma tiene una finalidad tuitiva de los derechos de los trabajadores empleados en la construcción de obras públicas nacionales. Posee a la vez un sentido conminatorio- en tanto prevé a priori las consecuencias jurídicas del incumplimiento del régimen laboral- y sancionatorio, por cuanto el contratista incumplidor será pasible de: i) la suspensión del cobro del precio del contrato, en la medida en que se mantenga la omisión del cumplimiento de sus obligaciones laborales; ii) la exclusión del derecho a percibir indemnizaciones con fundamento en el art. 39, cuando los daños fueran causados por los incumplimientos a las leyes laborales, y iii) la extinción del vínculo contractual por su culpa'. (Op. Cit. 272/273).

Es decir, que en el caso que venimos analizando el contratista incumplió sus obligaciones como empleador al no tener la cobertura de seguros obligatorios para sus empleados desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022, conforme lo establece en el artículo 2° de la Ley nacional N° 24557, que si bien, dicha irregularidad no obstaculizó el cumplimiento del contrato, en el período señalado se puso en riesgo su cumplimiento a raíz de ello.

Además, en relación a estos dos últimos incumplimientos señalados debería tenerse en cuenta que consistieron en apartamientos a las condiciones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones, cuyas consecuencias pudieron haber derivado en incumplimientos del contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la observación sustancial N° 1 no ha sido levantada, siendo viable la aplicación de los incisos g) y h) del

artículo 4 de la Ley provincial Nº 50, es importante señalar, que en caso de aplicación del inciso h) estarían dadas las pautas temporales.

En ese contexto, a efectos de determinar las pautas temporales para la aplicación de eventuales sanciones por parte de este Tribunal, cabe indicar que la Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia sostuvo: '(...) que la potestad sancionatoria de este Órgano de Control, encuentra su fundamento en la necesidad de cumplimentar con su cometido sobre los organismos que se encuentran bajo su fiscalización (conf. Superior Tribunal de Justicia en 'Aguirre' y 'Toledo Zulmelzu').

Conforme los lineamientos seguidos por el Superior Tribunal de Justicia, en el fallo 'Blazquez, Daniel c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo', se sienta el criterio relativo a fijar el dies a quo de la potestad sancionatoria, a partir del día siguiente de la publicación del acto o del ingreso de las actuaciones a este Órgano de Control, lo que suceda primero en el tiempo.

Asimismo, en los autos caratulados: 'Tribunal de Cuentas c/ Santamaría, Felix Alberto s/ Ejecutivo', del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial Sur, se fijó la pauta en función de la cual el plazo del artículo 75 era aplicable no sólo para la acción de responsabilidad patrimonial, sino también para la aplicación de multas a los agentes estatales, toda vez que ambos supuestos se desprenden de la interpretación del artículo 44 de la citada ley.

La mentada jurisprudencia fue adoptada por el Cuerpo de Miembros de este Tribunal de Cuentas mediante el Acuerdo Plenario N° 1744 (…)'. (Informe Legal N.º 192/2021 Letra: TCP-CA).

Así, teniendo en cuenta que el ingreso de las actuaciones a este Organismo -conforme surge del sello inserto al reverso de la carátula- ocurrió el 25/05/2022, aún no se encontrarían excedidas las pautas temporales para

ejercer las atribuciones conferidas por la Ley provincial N.º 50 (conf. art. 75, sustituido por el art. 45 Ley prov. N° 1333).

Más allá de que, la Resolución N.º 855/2021, Letra: D.P.P., por la que se aprobó el Certificado de Obra N.º 02/2021, que fue suscripta el 17/12/2021 (fojas 207/208), por lo que incluso tomando como fecha la publicación del mentado acto administrativo (que nunca puede ser anterior a su suscripción), no se modificaría lo afirmado en el apartado anterior.

Asimismo, se comparte lo indicado por la Auditora Fiscal, respecto a la responsabilidad del señor Roberto Marcial MURCIA, suscribió los actos administrativos de aprobación de los certificados de obra, en su carácter de Presidente de la Dirección Provincial de Puertos

Por último, también se comparte lo manifestado con respecto al presunto perjuicio fiscal, ya que dijo: '(…) Los incumplimientos normativos detectados, no permiten presumir por sí solos la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4 (…)'.

Ello, sin perjuicio del seguimiento que debería hacerse a efectos de verificar el descuento en la liquidación final o cierre de Cuentas, para lograr el recupero de lo indicado en el Incumplimiento Sustancial, ya que en dicha oportunidad de dijo: '(…) De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de $ 7.693,52 en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, (…) el importe no recuperado se va a descontar de dicha liquidación, ello de conformidad al Punto 55.- Del Pliego de Bases y Condiciones Generales'.

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto, cabe indicar que si bien de los incumplimientos Formales y Sustanciales del contrato, no surge un Perjuicio Fiscal, es importante resaltar que dichos incumplimientos implicaron un riesgo importante para la prosecución del contrato.

En consecuencia, que podría ser viable la aplicación de los incisos g) y h) del artículo 4 de la Ley provincial Nº 50, a los funcionarios señalados como responsables por la Auditora Fiscal, a fin de evitar futuros incumplimientos como los aquí analizados, lo que quedaría a criterio de la Superioridad.

De allí, que es importante señalar que en caso de aplicación del inciso h) estarían dadas las pautas temporales (...)".

Que a fs. 525 obra la Nota Interna N.º 3245/2022 Letra: TCP-SL suscripta por el Secretario Legal a/c Dr. Pablo E. GENNARO, por la que comparte el Informe Legal que antecede.

Que este Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Contable N.º 316/2022 Letra: TCP-AOP del Informe Legal N.º 329/2022 Letra: TCP-CA, por lo que corresponde recomendar al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos Sr. Roberto Marcial MURCIA que en lo sucesivo deberá evitar incurrir en incumplimientos sustanciales como los aquí analizados, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones previstas en el artículo 4º inciso h) de la Ley provincial N.º 50.

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

Que los suscriptos se encuentran facultados para el dictado del presente acto administrativo, de conformidad con lo establecido en los artículos 1°, 4º inc. g), 27 y concordantes de la Ley provincial N° 50 y sus modificatorias y la Resolución Plenaria N.º 289/2022.

Por ello,

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 318

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

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Aprobar y hacer propio los términos del Informe Contable N.º 316/2022 Letra: TCP-AOP y del Informe Legal N.º 329/2022 Letra: TCP-CA.

ARTÍCULO 2º.- Recomendar al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos Sr. Roberto Marcial MURCIA que en lo sucesivo deberá evitar incurrir en incumplimientos sustanciales como los aquí analizados, bajo apercibimiento de la aplicación de sanciones previstas en el artículo 4º inciso h) de la Ley provincial N.º 50.

ARTÍCULO 3°.- Notificar con copia certificada de la presente y remisión de las actuaciones del Visto al Presidente de la Dirección Provincial de Puertos Sr. Roberto Marcial MURCIA.

ARTÍCULO 4°.- Notificar en la Sede de este Organismo, al Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable y por su intermedio, a la Auditora Fiscal interviniente a fin de verificar el efectivo recupero en la liquidación final de la diferencia de dinero erogada; y al Secretario Legal a/c y por su intermedio a la Abogada dictaminante.

ARTÍCULO 5°.- Registrar, publicar en el Boletín Oficial de la Provincia, cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N.º 318 **/2022.**

Tatiana Maia Gessaga
Contador Público
T°2 F°83
C.P.C.E.T.D.F. - UNPSJB

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

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

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO N°
501

INFORME CONTABLE

Control Posterior

INFORME CONTABLE Nº 316/2022,

Letra: TCP-AOP

Ref.: Expediente N.º 48/2021 Letra: DPP, caratulado: "Pago de Anticipo Financiero y certificados de la obra Expte. 222/2020 S/Remodelación Salón de Usos Múltiples de la D.P.P."

Monto: $2.607.933.38.

Área generadora: Dirección Provincial de Puertos.

Auditora Fiscal: C.P. María de los Milagros ECHAGÜE

Ushuaia, 20 de Septiembre de 2022

TRIBUNAL DE CUENTAS
FOLIO N°
502

"Control Posterior"

Índice

1. **Destinatario** 1
2. **Objeto** 1
3. **Antecedentes** 1
4. **Análisis** 2
5. **Conclusión** 9

1. Destinatario

El presente informe esta dirigido la Secretaría Contable.

2. Objeto

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

3. Antecedentes

El expediente de referencia fue remitido en el marco del Control Posterior. Se emitió en primer lugar el Informe Técnico N.º 138/2022 Letra: TCP-SC-AT (fs.416/418) donde se detectaron dos (2) inconsistencias formales y se formularon seis (6) requerimientos. Luego tomó intervención el área contable de GEOP, emitiéndose en consecuencia el Acta de Constatación TCP N.° 067/2022–AOP (fs. 419/431) del 29/06/2022, donde se dejaron plasmados diez (10) incumplimientos formales, once (11) requerimientos y tres (3) notas.

Posteriormente, el 02/08/2022 regresan las actuaciones con descargo formal al Acta de Constatación mediante Nota N.º 285/2022, Letra: D.G.A. de fecha 01/08/2022, obrante a fojas 482/483, suscripta por el Director General de Administración R. Adrian COLLADO. Se adjunto documentación de fojas 432 a 481.

Tomado intervención de las actuaciones se emitió el Informe Técnico N.º 201/2022, Letra: TCP-SC-AT, el cual concluye que se dio cumplimiento a los

requerimientos efectuados anteriormente, formulando asimismo cuatro (4) recomendaciones y un (1) nuevo requerimiento. A continuación, se emite Acta de Constatación N.º 105/2022 – AOP, con fecha 30/08/2022. En la misma se indica que, respecto de los Incumplimientos Formales N.º 1 a N.º 10, no obra descargo formal, mientras que en relación a los Requerimientos N.º 1, N.º 2, N.º 3, N.º 5, N.º 8, N.º 9 y N.º 10 se concluye que se ha dado cumplimiento a lo allí solicitado. Por otra parte, en referencia a los Requerimientos N.º 4, N.º 6, N.º 7 y N.º 11 se consideró que los mismos configuraban nuevos apartamientos normativos.

En este sentido, se incorporan dos (2) incumplimientos sustanciales, dos (2) incumplimientos formales y dos (2) notas, los cuales se analizan en el apartado siguiente.

4. Análisis

1.1 Incumplimientos sustanciales

- **Incumplimiento Sustancial N.º 1:** *"Con carácter de* ***incumplimiento sustancial*** *se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, punto 24, ello en virtud de que se establece que el contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente."*

- **Descargo:** Se incorpora Nota N.º 139/2022, Letra D.E.yP. de fecha 06/09/2022, en la que el M.M.O. Hugo Marcelo MIGLIORINI, indica: *"Se*

entiende la gravedad del incumplimiento sustancial al verificar un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, punto 24, el cual se tendrá en cuenta para Contrataciones Futuras.

Sin perjuicio a ello esta IO interpretó que al haber informado en la etapa de preadjudicación, que la empresa "al ser una contribuyente inscripta bajo el régimen simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) (…) y al remitir en los sucesivos Certificados de Obra comprobantes de Monotributo del personal afectado a la obra, es decir la Empresa nunca remitió formulario 931.

No habiendo recibido observación alguna de las áreas competentes en materia administrativa y contable, se estimo que si bien no fui informado, la autoridad de la DPP había aceptado la subcontratación tal lo establece el artículo 24 "El contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente en tal sentido."

Atento a lo expuesto esta IO tomará las recomendaciones a fin de solicitar en futuras obras que se incorpore al expediente los actos administrativos que avalen este tipo de subcontratación, no incurriendo en este error y malentendidos con las actuaciones del tema que nos ocupa."

- **Análisis:** Se toma conocimiento del descargo aportado por la Inspección de Obra mediante Nota N.º 139/2022, Letra D.E.yP., no obstante ello, el presente incumplimiento no se considera subsanado atento que no existió autorización previa y expresa por parte del comitente para la subcontratación, conforme lo establece el Pliego de Bases y Condiciones en su artículo 24.

▪ **Incumplimiento Sustancial N.º 2:** *"Con carácter de* ***incumplimiento sustancial*** *se verifica un apartamiento a la Resolución de Contaduría General N.º 12/2017, ello por cuanto surge de las actuaciones que se procedió a recuperar parcialmente el anticipo financiero otorgado, habiendo efectuado erróneamente retenciones las cuales generaron un crédito a favor del contratista."*

• **Descargo:** Se incorpora Nota N.º 14/2022, Letra: TESORERÍA, de fecha 13/09/2022, en la que la Directora Contable y Patrimonial C.P. Viviana G. MANSILLA VARGAS, indica: *"Al respecto se indica que, la Contratista, cambió de condición fiscal como contribuyente del Impuesto sobre los Ingresos Brutos durante la ejecución de la obra, toda vez que, de estar en el Régimen Simplificado al momento el pago del Certificado de Obra N.º 01, pasó a Empresa Constructora a partir del pago del Certificado de Obra N.º 02, situación ésta que dio origen al error producido por retener del importe del recupero proporcional del Anticipo Financiero el impuesto a los Ingresos Brutos (IIBB) y el Fondo de Financiamiento de Servicios Sociales (FFSS) de los siguientes certificados (…) De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de* ***$ 7.693,52*** *en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.*

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, es decir con Acta de Recepción Definitiva emitida (con Reservas) y que todos los pagos efectuados anteriores a ésta tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, ***el importe no recuperado se va a descontar de dicha***

liquidación, *ello de conformidad al* ***Punto 55.-*** *Del Pliego de Bases y Condiciones Generales.*

Téngase asimismo presente que, el sistema del Gen Financiero, al momento de inscribir una persona humana o jurídica como Empresa Constructora, automáticamente calcula los descuentos, razón por la cual la Tesorería no advirtió en esa oportunidad el error producido."

- **Análisis:** Visto el descargo efectuado mediante Nota N.° 14/2022, Letra: TESORERÍA se considera subsanado el incumplimiento detectado, dejando constancia de que se verificará la correcta devolución en forma posterior.

1.2 Incumplimientos formales

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

<u>Incumplimientos detectados en primer intervención:</u>

- **Incumplimiento Formal N.° 1:**

"Con carácter de incumplimiento formal se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso c) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro de Todo Riesgo de la Construcción ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto."

- **Incumplimiento Formal N.º 2:**

"Con carácter de incumplimiento formal se constató que contrario al Artículo 21 inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las pólizas de Cobertura de Accidentes Personales no cubrían al personal e inspección de obra al momento del inicio de la obra. Atento al inicio en fecha 15/10/2021 (fs. 22), consta que la Inspección de Obra se encontró sin cobertura entre las fechas 15/10/2021 y 20/10/2021 inclusive, y que personal de la empresa se encontró sin cobertura entre el 15/10/2021 y 20/10/2021, en algunos casos incluso hasta 27/10/2021."

- **Incumplimiento Formal N.º 3:**

"Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso e) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro Técnico ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto."*

- **Incumplimiento Formal N.º 4:**

"Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se constató que contrario a lo dispuesto en Artículo 21, segundo párrafo, del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las distintas constancias de coberturas y seguros no han cumplido en ser presentadas al comitente con un mínimo de 10 días corridos previos al inicio*

de los respectivos riesgos y no han sido por su parte analizadas por el propio comitente."

- **Incumplimiento Formal N.° 5:**

"Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó un incumplimiento al Punto 50 del Pliego de Bases y Condiciones General que establece que la retención por fondo de reparo será del 5% del monto de Certificado Básico. En relación al certificado de obra N.° 1 se verificó que la suma retenida resulta inferior en $3.610,35-.*

Al respecto, es dable destacar que las retenciones practicadas en los comprobantes de pago correspondientes al registro del Recupero de los Anticipos no resultan correctas a prima facie, ello por cuanto se esta registrando el recupero por una suma inferior a la efectivamente otorgada."

- **Incumplimiento Formal N.° 6:**

"Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó en todas las instancias de intervención de auditoría interna la falta del informe auxiliar de auditoría dispuesto por la Resolución C.G.P. N.° 38/2021."*

- **Incumplimiento Formal N.° 7:**

"Con carácter de ***incumplimiento formal*** *se verificó que la facturación no respetó lo dispuesto por la Resolución C.G.P. N.° 12/2017 en el inciso b) de su Anexo I, en tanto dispone que el descuento del anticipo financiero debe ser por descuento dentro de la factura y no por una nota de crédito separada."*

- **Incumplimiento Formal N.° 8:**

*"Con carácter de **incumplimiento formal** se constató que no obstante lo indicado por el Artículo 48, Punto 4, inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Generales no se ha presentado en ninguno de los cuatro certificados de obra la nómina de personal afectado durante dicho periodo."*

- **Incumplimiento Formal N.° 9:**

*"Con carácter de **incumplimiento formal** se verificó que se incumplió el plazo de finalización indicado en el último Plan de Trabajo ratificado por Resolución D.P.P. N.° 879/2021."*

- **Incumplimiento Formal N.° 10:**

*"Con carácter de **incumplimiento formal** se verificó que contrario a lo indicado en el Artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, el Acta de Medición y el Certificado de Obra N.° 4 abarcó el período entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022."*

Requerimientos devenidos en incumplimientos formales:

- **Incumplimiento Formal N.° 1:**

*"Con carácter de **incumplimiento formal** se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.° 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022."*

- **Incumplimiento Formal N.° 2:**

*"Con carácter de **incumplimiento formal** se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.° 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022."*

5. Conclusión

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

Respecto de los incumplimientos que no han sido subsanados, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

Normativa incumplida: Apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.° 412/21, Punto 24.

Actos administrativos:

- Resolución D.P.P. N.° 801/2021, aprueba el CO N.° 01.
- Resolución D.P.P. N.° 855/2021, aprueba el CO N.° 02.
- Resolución D.P.P. N.° 169/2022, aprueba el CO N.° 03.
- Resolución D.P.P. N.° 458/2022, aprueba el CO N.° 04.

En el presente apartado se han identificado los actos administrativos que aprueban los certificados de obra por entenderse que en forma previa a su emisión debería haberse constatado que el contratista haya cumplido con las condiciones previstas en el PByC.

Agentes responsables: Roberto Marcial MURCIA, quien en su caracter de Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, suscribió los actos administrativos de aprobación de los certificados de obra.

Presunto perjuicio fiscal: Los incumplimientos normativos detectados, no permiten presumir por sí solos la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4.

Sin otro particular elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de referencia, con 507 fojas útiles.

C.P. María de los Milagros ECHAGÜE
Auditora Fiscal
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia
21 SEP 22
14:24 hs
Recibí Paula Mariel LUNOLFI
Asistente Administrativa
Secretaría Contable
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Informe Legal N.º 329/2022
Letra:T.C.P.-C.A.
Cde.: Expte. Nº 48/2021
Letra: DPP. (PP)

Ushuaia, 28 de noviembre de 2022.

AL SECRETARIO LEGAL A/C
DR. PABLO GENNARO

Viene al Cuerpo de Abogados el Expediente del corresponde perteneciente al Registro de la Dirección Provincial de Puertos, caratulado: "*S/ PAGO DE ANTICIPO FINANCIERO Y CERTIFICADOS DE LA OBRA Expte. 222/2020 S/ REMODELACIÓN SALÓN DE USOS MÚLTIPLES DE LA D.P.P.*", a fin de tomar intervención y emitir el dictamen jurídico pertinente.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron a partir del inicio de la Licitación Privada Nº 02/2021, destinada a la primera etapa de la remodelación del salón de usos múltiples, cuyo llamado fue realizado mediante Resolución N.º 412/2021, Letra: D.P.P, el 18 de junio de 2021, adjunto a fojas 29/30.

Además, por Resolución N.º 582/2021, Letra: D.P.P., el 02 de septiembre de 2021 (fojas 03 a 04), suscripta por el Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, se aprobó el procedimiento de selección y se adjudicó la obra a la firma IKR CONSTRUCCIONES EN GENERAL, por la suma de dos millones seiscientos siete mil novecientos treinta y tres mil con treinta y ocho centavos ($ 2.607.933,38).

De allí que, se adjuntó a fojas 38, el respectivo Informe de Auditoría Interna Nº 622/2021, Letra D.A.I, suscripto por el C.P. Fabián CAMPOS, sin que se formule ningún reparo.

Por ende, mediante Resolución Nº 728 del 03 de noviembre de 2021, a fojas 39, se autorizó el pago de un Anticipo Financiero a la firma adjudicada por la suma de pesos quinientos veintiún mil quinientos ochenta y seis con 68/100 ($ 521.586,68).

Asimismo, desde fojas 48 a 66, se presentó la documentación correspondiente al Certificado de Obra Nº 1, que luego fue aprobado por Resolución N.º 801/2021, Letra: D.P.P, (fojas 93 a 96) y cuya Acta de Conformidad de Factura se adjunta a fojas 102.

También, desde fojas 129 a 190, se presenta la documentación correspondiente al Certificado de Obra Nº 2, que luego fue aprobado por Resolución N.º 801/2021, Letra: D.P.P, (fojas 202 a 204), cuyo Acta de Conformidad de Factura se adjuntó a fojas 120.

Además, desde fojas 223 a 257, se presenta la documentación correspondiente al Certificado de Obra Nº 3, que luego fue aprobado por Resolución N.º 169/2021, Letra: D.P.P, del 08 de abril de 2022 (fojas 369 a 370), cuya Acta de Conformidad de Factura se adjuntó a fojas 222.

Luego, desde fojas 376 a 384 y 386 a 403 se presenta la documentación correspondiente al Certificado de Obra Nº 4, que luego fue aprobado por Resolución N.º 458/2022, Letra: D.P.P, (fojas 473 a 477), cuyo Acta de Conformidad de Factura se adjuntó a fojas 385.

Al respecto, se adjuntó a fojas 416/418, el Informe Técnico Nº 138/2022 en el que se dijo: "(…) *En el presente expediente se gestiona el pago de todos los certificados de obra. En esta instancia se verificará la tramitación del pago del Certificado Nº 3.*

2 Por otra parte se verifica que se ha iniciado en fecha 06/04/2022 el trámite de pago del Certificado de Obra Nº 4, el cual no se habría abonado hasta el día de la fecha de remisión del expediente a este órgano de control externo".

Además, allí, se indicó: "(…) *Inconsistencias Formales:*

1 El cuadro de resumen del Certificado de Obra Nº 3 expone de manera errónea los conceptos `Importe cantidades certificadas acumuladas´ e `Importe total certificado incluido el presente certificado´.

2 En virtud de que al momento de suscribir el Acta de Recepción Provisoria con Observaciones, no se alcanzó a ejecutar y recibir el 100% de los trabajos, correspondía la emisión de un Acta de Recepción Provisoria Parcial, de acuerdo a lo establecido en el Art. 40 de la Ley de Obras Públicas.

También, en el mismo informe se formularon seis Requerimientos, cuyos descargos fueron analizados en el Informe Técnico Nº 201/22, Letra: TCP-SC-AT, de Control Posterior, en el que se tuvieron por cumplidos dichos requerimientos, pero se mantuvieron las Inconsistencias Formales, ya que con respecto a estas últimas no se formularon descargos por parte del Ente.

Por otra parte, mediante el Acta de Constatación TCP N.° 067/2022–AOP (fs. 419/431) del 29 de junio de 2022, se sostuvo: "(…) *IV- INCUMPLIMIENTOS FORMALES:*

1. Con carácter de incumplimiento formal se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso c) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro de Todo Riesgo de la Construcción ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto.

2. Con carácter de incumplimiento formal se constató que contrario al Artículo 21 inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las pólizas de Cobertura de Accidentes Personales no cubrían al personal e inspección de obra al momento del inicio de la obra. Atento al inicio en fecha 15/10/2021 (fs. 22), consta que la Inspección de Obra se encontró sin cobertura entre las fechas 15/10/2021 y 20/10/2021 inclusive, y que personal de la empresa se encontró sin cobertura entre el 15/10/2021 y 20/10/2021, en algunos casos incluso hasta 27/10/2021.

3. Con carácter de incumplimiento formal se verificó que en detrimento de lo indicado por el Artículo 21 inciso e) del Pliego de Bases y Condiciones Particulares no se ha incorporado constancia de cobertura de Seguro Técnico ni verificado su existencia por parte de los agentes involucrados, así como tampoco se ha verificado si la Póliza de Responsabilidad Civil presentada por la contratista (fs. 333) cubría dicho concepto.

4. Con carácter de incumplimiento formal se constató que contrario a lo dispuesto en Artículo 21, segundo párrafo, del Pliego de Bases y Condiciones Particulares las distintas constancias de coberturas y seguros no han cumplido en ser presentadas al comitente con un mínimo de 10 días corridos previos al inicio de los respectivos riesgos y no han sido por su parte analizadas por el propio comitente.

5. Con carácter de incumplimiento formal se verificó un incumplimiento al Punto 50 del Pliego de Bases y Condiciones General que establece que la retención por fondo de reparo será del 5% del monto de Certificado Básico. En relación al certificado de obra N.° 1 se verificó que la suma retenida resulta inferior en $3.610,35-.

Al respecto, es dable destacar que las retenciones practicadas en los comprobantes de pago correspondientes al registro del Recupero de los Anticipos no resultan correctas a prima facie, ello por cuanto se esta registrando el recupero por una suma inferior a la efectivamente otorgada.

6. Con carácter de incumplimiento formal se verificó en todas las instancias de intervención de auditoría interna la falta del informe auxiliar de auditoría dispuesto por la Resolución C.G.P. N.° 38/2021.

7.Con carácter de incumplimiento formal se verificó que la facturación no respetó lo dispuesto por la Resolución C.G.P. N.° 12/2017 en el inciso b) de su Anexo I, en tanto dispone que el descuento del anticipo financiero debe ser por descuento dentro de la factura y no por una nota de crédito separada.

8. Con carácter de incumplimiento formal se constató que no obstante lo indicado por el Artículo 48, Punto 4, inciso d) del Pliego de Bases y Condiciones Generales no se ha presentado en ninguno de los cuatro certificados de obra la nómina de personal afectado durante dicho periodo.

9. Con carácter de incumplimiento formal se verificó que se incumplió el plazo de finalización indicado en el último Plan de Trabajo ratificado por Resolución D.P.P. N.° 879/2021.

10. Con carácter de incumplimiento formal se verificó que contrario a lo indicado en el Artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, el Acta de Medición y el Certificado de Obra N.° 4 abarcó el período entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022.

V- REQUERIMIENTOS:

1. Visto que el acta de recepción provisoria se realizó el 05/01/2022, misma fecha en que se emitió el Certificado de Obra N°3 del cual surge que el avance de obra era de 87,59 % y atento que posteriormente se emitió el Certificado de Obra N° 4 por trabajos realizados durante el periodo 01/01/2022 al 30/03/2022 se solicita indicar el carácter de dicha recepción, atento que al momento de realizarse no se encontraban finalizados los trabajos, no indicándose en la misma el porcentaje de avance de la obra.

2- Aclarar la relación laboral del personal afectado a la obra durante el transcurso de la misma, especificando en cada caso si se trató de una relación de dependencia o de la subcontratación de mano de obra por parte del contratista.

3- En caso de existir personal en relación de dependencia, indicar los motivos por los cuales no obra la presentación por parte de la contratista y el control por el comitente, del Formulario F.931, comprobantes de pago de aportes y Contribuciones Laborales y Previsionales, Comprobantes de Cobertura de Riesgos de Trabajo y Comprobantes de Cobertura de Seguros de Vida.

4- En caso de existir mano de obra subcontratada, se deberán incorporar los respectivos contratos entre la contratista y dichos sujetos, así como la solicitud de ésta al comitente para proceder y la aprobación de dicha modalidad por parte el comitente.

5. Se deberá incorporar informe con el criterio a seguir por parte de la autoridad competente del organismo frente a las multas calculadas por inspección de obra en fs. 357.

6. Visto los comprobantes de Pago Nº 1302 (fs. 213) y Nº 309 (fs. 374) corresponde al registro del recupero del anticipo financiero proporcional al Certificado de obra y atento que se verifica que se han retenido sumas en concepto de IIBB y FFSS se solicita brindar las aclaraciones pertinentes, atento que no correspondería realizar tales retenciones.

7. Agregar al expediente los Partes Diarios correspondientes al Certificado de Obra Nº 4.

8. Indicar el criterio adoptado respecto a la clasificación presupuestaria de la obra, en tanto durante 2021 el insumo era el 4200010002 y en el ejercicio 2022 fue modificada por 420000001 sin mediar aclaración de dicha circunstancia.

9. Dar cumplimiento a los requerimientos emanados del Informe Técnico Nº 138/2022 Letra: TCP-SC-AT obrante a fs. 416/418.

10. Según lo solicitado por el Informe Técnico mencionado ut supra, se deberá rectificar el Acta de Recepción Provisoria para los conceptos que quedaran por terminar fuera de este primer documento.

11. Visto que las tareas se extendieron hasta el 30/03/2022, fecha en que habrían sido finalizados los trabajos certificados en CO Nº 4 y atento que tanto la cobertura por Responsabilidad Civil como las pólizas de accidentes personales

obrantes en las actuaciones se encontraron vigentes hasta el 19/01/2022, se solicita incorporar las coberturas correspondientes".

De allí, que mediante Nota N.º 285/2022, Letra: D.G.A. el 01 de agosto de 2022, obrante a fojas 482/483, suscripta por el señor Adrian COLLADO, como Director General de Administración, se efectivizó el descargo del Acta del Constatación antes mencionada, adjuntando la respectiva documentación desde fojas 432 a 481.

Al respecto, se emitió el Informe Técnico N.º 201/2022, Letra: TCP-SC-AT, en el que se indicó que se había dado cumplimiento a los requerimientos efectuados anteriormente, por lo que se formularon cuatro recomendaciones y un nuevo requerimiento, solicitando la remisión de las actuaciones con acto administrativo de aprobación del Acta de Recepción Definitiva, indicando además las acciones a llevar a cabo con las observaciones a las calidades de los trabajos ejecutados, que persistieran de subsanarse.

Seguidamente, mediante el Acta de Constatación N.º 105/2022, Letra: AOP, el 30 de agosto 2022, se sostuvo que no se habían formulado los respectivos descargos respecto a los Incumplimientos Formales señalados en el Acta de Constatación Nº 67/2022, Letra: AOP.

Por otra parte, en relación a los Requerimientos N.º 1, N.º 2, N.º 3, N.º 5, N.º 8, N.º 9 y N.º 10 se concluye que se ha dado cumplimiento a lo allí solicitado y, en referencia a los Requerimientos N.º 4, N.º 6, N.º 7 y N.º 11, se consideró que los mismos configuraban nuevos apartamientos normativos.

En este sentido, se incorporan dos nuevos incumplimientos sustanciales y dos incumplimientos formales, con respecto a aquellos, en dicha acta se dijo: "(…) V- *INCUMPLIMIENTOS SUSTANCIALES:*

1. Con carácter de incumplimiento sustancial se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, punto 24, ello en virtud de que se establece que el contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente.

2 Con carácter de incumplimiento sustancial se verifica un apartamiento a la Resolución de Contaduría General N.º 12/2017, ello por cuanto surge de las actuaciones que se procedió a recuperar parcialmente el anticipo financiero otorgado, habiendo efectuado erróneamente retenciones las cuales generaron un crédito a favor del contratista.

VI.- INCUMPLIMIENTO FORMALES:

1. Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.º 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022.

2. Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.º 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022."

De allí, que mediante Nota 1449/2022, Letra: D.P.P., el 14 de septiembre de 2022, suscripta por el señor Miguel Ángel RAMIREZ, como Vicepresidente

A/C de la Presidencia de la Dirección Provincial de Puertos, dirigida a la Auditora Fiscal de este Tribunal de Cuentas, se dijo: *"(…) Incumplimiento Sustancial 1.*

En relación al presente incumplimiento, se adjunta a fojas 494 la respuesta efectuada por la Inspección de Obra mediante la Nº 139/22- Letra: D.E. y P.

No obstante lo allí expuesto, se evitará en el futuro la subcontratación por parte de un contratista sin la previa autorización por el comitente.

Incumplimiento Sustancial 2.

La respuesta al presente incumplimiento obra en la Nota Nº 14/2022- Letra: Tesorería, glosada a fojas 498, suscripta por la Directora Contable y Patrimonial, mediante la cual se informa que, en la Liquidación Final de la obra, se computará como saldo a favor de la Dirección Provincial de Puertos el importe pendiente de recuperar del Anticipo Financiero de $ 7.693,52, situación que se informará oportunamente a ese Órgano de Contralor".

Al respecto se emite el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, en el que se dijo: "(…) *Requerimientos devenidos en incumplimientos formales:*

Incumplimiento Formal N.º 1:

"Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.º 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022."

Incumplimiento Formal N.º 2:

`Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.º 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/202´.

5. Conclusión

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

Respecto de los incumplimientos que no han sido subsanados, se elevan las actuaciones de referencia en el marco del punto 1.4.2. del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 122/2018 y se informan los siguientes puntos:

Normativa incumplida: Apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, Punto 24.

Actos administrativos:

- *Resolución D.P.P. N.º 801/2021, aprueba el CO N.º 01.*
- *Resolución D.P.P. N.º 855/2021, aprueba el CO N.º 02.*
- Resolución D.P.P. N.º 169/2022, aprueba el CO N.º 03.
- Resolución D.P.P. N.º 458/2022, aprueba el CO N.º 04.

En el presente apartado se han identificado los actos administrativos que aprueban los certificados de obra por entenderse que en forma previa a su emisión debería haberse constatado que el contratista haya cumplido con las condiciones previstas en el PByC.

Agentes responsables: Roberto Marcial MURCIA, quien en su carácter de Presidente de la Dirección Provincial de Puertos, suscribió los actos administrativos de aprobación de los certificados de obra.

Presunto perjuicio fiscal: Los incumplimientos normativos detectados, no permiten presumir por sí solos la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4".

Asimismo, en el Informe Contable Nº 320, Letra: TCP- SC, de Control Posterior, suscripto por el Secretario Contable a/c de este Tribunal de Cuentas, C.P. David BEHRENS, se dijo: *"(…) Análisis y Conclusión*

Así las cosas, ante los hechos expuestos, y en atención al análisis realizado por distintas áreas de esta Secretaría Contable, esta instancia comparte lo actuado mediante el informe contable antes citado, considerándose que subsiste los incumplimientos sustanciales detectados".

En ese contexto, se remiten las presentes actuaciones a la Secretaría Legal, a fin de que se emita Informe Legal al respecto.

II. ANÁLISIS

En este contexto, cabe señalar que se comparte lo manifestado por la Auditora Fiscal a cargo en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de

Control Posterior, con respecto a los Incumplimientos Formales señalados en el Acta de Constatación Nº 67/2022, Letra: AOP., en la que se sostuvo que éstos fueron incorporados al Registro de Incumplimientos Formales de la Delegación a fin de poder detectar reiteraciones en el marco de lo establecido en la Resolución Plenaria Nº 122 Anexo I, Punto 1.1.1.

Al mismo tiempo es importante destacar que en relación a dichos incumplimientos el cuentadante no formuló ninguna oposición al momento de formular los respectivos descargos.

Por otra parte, en dicho informe con respecto al Incumplimiento Sustancial Nº 1 se dijo: "(…) *Con carácter de incumplimiento sustancial se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III de la Resolución DPP N.º 412/21, punto 24, ello en virtud de que se establece que el contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente.*

Al respecto, al efectuar el respectivo descargo mediante Nota Nº 139/2022, Letra D.E.y P. de fecha 06/09/2022, el Inspector de Obra (Maestro Mayor de Obras), señor Hugo Marcelo MIGLIORINA, sostuvo: "*(…) Se entiende la gravedad del incumplimiento sustancial al verificar un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, punto 24, el cual se tendrá en cuenta para Contrataciones Futuras.*

Sin perjuicio de ello esta lo interpretó que al haber informado en la etapa de preadjudicación, que la empresa `al ser contribuyente inscripta bajo el régimen simplificado para pequeños contribuyentes (Monotributo) (…) y al remitir en los sucesivos Certificados de Obra comprobantes al Monotributo del personal afectado a la obra, es decir la Empresa nunca remitió formulario 931.

No habiendo recibido observación alguna de las áreas competentes en materia administrativa y contable, se estimó que si bien no fui informado, la autoridad de la DPP había aceptado la subcontratación tal lo establece el artículo 24 `El contratista no podrá subcontratar parte alguna de la obra sin previa y expresa autorización del comitente en tal sentido´.

Atento a lo expuesto esta tomará las recomendaciones a fin de solicitar en futuras obras que se incorpore al expediente los actos administrativos que avalen este tipo de subcontratación, no incurriendo en este error y malentendidos con las actuaciones del tema que nos ocupa".

De allí, que la Auditora Fiscal al efectuar el análisis de dicho descargo, sostuvo: *"(…) Se toma conocimiento del descargo aportado por la Inspección de Obra mediante Nota N.º 139/2022, Letra D.E.yP., no obstante ello, el presente incumplimiento no se considera subsanado atento que no existió autorización previa y expresa por parte del comitente para la subcontratación, conforme lo establece el Pliego de Bases y Condiciones en su artículo 24".*

Al respecto, es necesario indicar que la Ley nacional Nº 13064, de Obra Pública, en su artículo 23, reza*: "Firmado el contrato, el contratista no podrá transferirlo ni cederlo, en todo o en parte, a otra persona o entidad, ni asociarse para su cumplimiento, sin autorización y aprobación de autoridad competente´.*

Es decir que, si bien en principio se establece la prohibición de transferir o ceder el contrato una vez firmado por parte del contratista, ello no es absoluto, ya que podría hacerse con previa aprobación de la autoridad competente.

En ese sentido, puede verse que la función de la norma mencionada es proteger al estado, ya que al establecer la necesidad de autorización previa de la

cesión permite analizar que la empresa cedida tenga las mismas condiciones que la adjudicada, a fin de garantizar el cumplimiento efectivo del contrato.

Al respecto, la calificada Doctrina sostuvo: *"(…) EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN PERSONAL*

Le concierne al contratista la ejecución material o, en su caso, la organización de los medios de producción necesarios para la realización de la obra, en pos de la obtención del resultado comprometido y en su condición de único responsable frente al comitente.

El principio de realización personal de la encomienda que consagra este artículo, aunque no con alcance absoluto, posee reconocimiento en la doctrina que mayoritariamente coincide en que el cocontratante particular está obligado a asegurar personalmente la ejecución de la obra.

De ello se deriva la inclusión de ordinario en los pliegos de sanciones pecuniarias al contratista o su representante técnico, por ausencia injustificada en el emplazamiento de las obras, así como las consecuencias jurídicas atribuidas por el art. 49 de la LOP que dispone, en principio, la extinción del contrato por muerte del locador, del art. 50, inc. e), de la LOP, que contempla la causal de rescisión culposa por abandono y del inc. d) del mismo artículo que prevé como causal rescisoria la transferencia o asociación sin autorización del comitente.

II. EL CARÁCTER INTUITU PERSONAE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTRATISTA

En orden a justificar el principio de `ejecución personal´, se ha invocado tradicionalmente el carácter `intuitu personae´ de los contratos administrativos que tornan aplicables las previsiones del art. 626 del Código Civil.

Ahora bien, sólo pueden calificarse en sentido estricto como `intuitu personae´ las obligaciones que miran específicamente a las cualidades personales y empresariales del contratista determinantes para el comitente, y que tornan infungible la prestación de que se trate.

Si la prestación es factible de ser realizada por un tercero que posea similares o mejores condiciones de idoneidad que el contratista original, no puede afirmarse que el contrato de obra pública sea, estrictamente, `intuitu personae´.

Lo cierto es que, en la mayoría de los casos, la obligación de hacer involucrada en el contrato de obra pública no posee carácter personalísimo, siendo posible su cumplimiento por otra persona distinta del contratista original.

Corrobora lo expuesto la posibilidad que brinda este artículo de ceder en todo o en parte los derechos y obligaciones emergentes del contrato y otras disposiciones de la LOP por las que presupone, bajo ciertas circunstancias, la realización de las obras por una persona distinta del contratista fallecido o por el síndico de la quiebra". (Ricardo Tomás DRUETA y Ana Patricia GUGLIELMINETTI *"Ley 13064 de Obras Públicas Comentada y Anotada"* 2ª ed.- Buenos Aires, Abeledo PERROT, Año 2013, pág. 166/167).

Ahora bien con respecto a la autorización tácita a la que se hace referencia en el descargo efectuado por el Ente, al contestar el incumplimiento que venimos analizando, cabe señalar que la Doctrina calificada en relación a ello, dijo:*"(...) No mediando autorización de la Administración, la cesión del contrato, acordada entre el contratista original y el cesionario, es inoponible a aquélla; adolece de*

vicio de nulidad y encuadra en una causal de rescisión del contrato por culpa del empresario –art.50, inc. d), de la LOP.

En el régimen del contrato administrativo en general era un principio aceptado que, salvo estipulación en contrario, la cesión lícita del contrato libera al cedente de toda la responsabilidad frente a su comitente y que nada obsta a que la Administración subordine la autorización de la cesión al mantenimiento de la responsabilidad del cedente". (Op. Cit. pág. 169).

Si bien en el presente caso la obra fue concluida, más allá de haber sido cedida parcialmente por la empresa adjudicada, es importante que la cesión sea efectuada conforme a la norma indicada, ya que su incumplimiento habilita inclusive a la rescisión del contrato.

En consecuencia, dada la situación de aceptación del cuentadante y teniendo en cuenta que la Auditora Fiscal, manifestó que dicha observación sería insubsanable, sería viable la aplicación de los incisos g) o h) del artículo 4 de la Ley provincial Nº 50.

Por otra parte, en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, se indicó un segundo Incumplimiento Sustancial, por ende, allí se dijo: "(…) *se verifica un apartamiento a la Resolución de Contaduría General N.º 12/2017, ello por cuanto surge de las actuaciones que se procedió a recuperar parcialmente el anticipo financiero otorgado, habiendo efectuado erróneamente retenciones las cuales generaron un crédito a favor del contratista.*

Sin embargo, al efectuar el análisis del respectivo descargo, la Auditora Fiscal, dijo: "(…) *Se incorpora Nota N.º 1449/2022, Letra: TESORERÍA, de fecha 13/09/2022, en la que la Directora Contable y Patrimonial C.P. Viviana G.*

MANSILLA VARGAS, indica: `Al respecto se indica que, la Contratista, cambió de condición fiscal como contribuyente del Impuesto sobre los Ingresos Brutos durante la ejecución de la obra, toda vez que, de estar en el Régimen Simplificado al momento el pago del Certificado de Obra N.° 01, pasó a Empresa Constructora a partir del pago del Certificado de Obra N.° 02, situación ésta que dio origen al error producido por retener del importe del recupero proporcional del Anticipo Financiero el impuesto a los Ingresos Brutos (IIBB) y el Fondo de Financiamiento de Servicios Sociales (FFSS) de los siguientes certificados (...). De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de $ 7.693,52 en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, es decir, con Acta de Recepción Definitiva emitida (con Reservas) y que todos los pagos efectuados anteriores a ésta tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, el importe no recuperado se va a descontar de dicha liquidación, ello de conformidad al Punto 55.- Del Pliego de Bases y Condiciones Generales.

Téngase asimismo presente que, el sistema del Gen Financiero, al momento de inscribir una persona humana o jurídica como Empresa Constructora, automáticamente calcula los descuentos, razón por la cual la Tesorería no advirtió en esa oportunidad el error producido."

Análisis: Visto el descargo efectuado mediante Nota N.° 1449/2022, Letra: TESORERÍA se considera subsanado el incumplimiento detectado, dejando constancia de que se verificará la correcta devolución en forma posterior".

Por ende, cabe indicar que se comparte lo expresado respecto a que el procedimiento propuesto para subsanar el incumplimiento sería el adecuado, atento a que posteriormente deberá ser descontado de la liquidación final o cierre de Cuentas.

Al respecto, cabe recordar lo manifestado en ese sentido por la Doctrina, ya que en allí se dijo: "(…) *La PTN ha con considerado que `… el certificado final de cierre de cuentas debe, necesariamente, ser cronológicamente contemporáneo o posterior a la recepción definitiva de la obra …´.*

Entre otras, pueden mencionarse las siguientes pautas interpretativas suministradas por la PTN en orden a determinar la existencia de la liquidación final o de cierre de cuentas: i) debido análisis de las cláusulas del pliego referidas a la extinción del contrato; ii) no es necesaria una declaración expresa de ambas partes contratantes que dé por finalizada toda diferencia; iii) ha de merituarse la conducta de las partes con relación a la certificación emitida y sus conceptos – multas aplicadas, compensaciones, devolución de garantías, certificación negativa consentida-, de la que podría presumirse la existencia de la liquidación final de obra o el consentimiento del contratista con ésta, y iv) el pago total del precio, con los ajustes pactados y la entrega definitiva de la obra pone punto final al contrato.

Ello acredita que la recepción definitiva de la obra, de por sí, no constituye el acto conclusivo del vínculo y que todos los pagos efectuados en oportunidad de la recepción definitiva y anteriores a ésta, con o sin reserva, tienen carácter provisorio y se encuentran sujetos al resultado de la liquidación final de cierre de cuentas, salvo que de la conducta de las partes pueda claramente inferirse con base en pautas objetivas debidamente probadas, que de manera concomitante a la recepción definitiva o con posterioridad a ella, se ha producido

el pago total del precio con efectos cancelatorios, o sea, que tuvo lugar el acto liquidatorio de los créditos y débitos entre ambas partes, sin reservas". (Op. Cit. pág 355).

Por otra parte, en el Informe Contable Nº 316, Letra: TCP- AOP, de Control Posterior, al señalar los requerimientos devenidos en incumplimientos formales, se dijo: "(…) *Incumplimiento Formal N.º 1:*

`Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, punto 38 aprobado por Resolución DPP N.º 412/21, ello en virtud de que no se han elaborado los partes diarios correspondientes al periodo comprendido entre el 01/01/2022 y el 30/03/2022´.

Incumplimiento Formal N.º 2:

`Con carácter de incumplimiento formal se verifica un apartamiento a lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, Anexo III, Resolución DPP N.º 412/21, punto 41, respecto del régimen de Seguros, atento que los trabajadores no contaron con los seguros correspondientes desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022´".

En relación a este último incumplimiento señalado, cabe aclarar que se trata del Seguro contra todo riesgo que debían tener todos los trabajadores que desempeñaban tareas en la obra en cuestión, ya que dicha cobertura es obligatoria y, por ende, el empleador debió dar estricto cumplimiento a dicha obligación conforme a las fechas y demás cuestiones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones

En ese sentido, dable señalar que el artículo 36 de la Ley Nacional Nº 13064, reza: *"(…) El contratista deberá mantener al día el pago del personal que emplee en la obra y no podrá deducirle suma alguna que no responda al cumplimiento de leyes o de resoluciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial y dará estricto cumplimiento a las disposiciones sobre legislación del trabajo y a las que en adelante se impusieran. Sin perjuicio de lo establecido en artículo 39, toda infracción al cumplimiento de estas obligaciones podrá considerarse negligencia grave a los efectos de la rescisión del contrato por culpa del contratista y en todos los casos impedirá el trámite y el pago de los certificados de obras"*.

En este punto la Doctrina calificada, dijo: "(…) *En este artículo se impone al contratista el cumplimiento de las obligaciones laborales y, en particular, la del pago puntual y completo del salario que le corresponde percibir al personal aquél emplea en la obra, admitiéndose sólo las deducciones expresamente autorizadas por normas de rango legal o reglamentario o aquellas derivadas de decisiones judiciales.*

(…) Esta norma tiene una finalidad tuitiva de los derechos de los trabajadores empleados en la construcción de obras públicas nacionales. Posee a la vez un sentido conminatorio- en tanto prevé a priori las consecuencias jurídicas del incumplimiento del régimen laboral- y sancionatorio, por cuanto el contratista incumplidor será pasible de: i) la suspensión del cobro del precio del contrato, en la medida en que se mantenga la omisión del cumplimiento de sus obligaciones laborales; ii) la exclusión del derecho a percibir indemnizaciones con fundamento en el art. 39, cuando los daños fueran causados por los incumplimientos a las leyes laborales, y iii) la extinción del vínculo contractual por su culpa". (Op. Cit. 272/273).

Es decir, que en el caso que venimos analizando el contratista incumplió sus obligaciones como empleador al no tener la cobertura de seguros obligatorios para sus empleados desde el 19/01/2022 y hasta la fecha de finalización de las tareas 30/03/2022, conforme lo establece en el artículo 2º de la Ley nacional Nº 24557, que si bien, dicha irregularidad no obstaculizó el cumplimiento del contrato, en el período señalado se puso en riesgo su cumplimiento a raíz de ello.

Además, en relación a estos dos últimos incumplimientos señalados debería tenerse en cuenta que consistieron en apartamientos a las condiciones establecidas en el Pliego de Bases y Condiciones, cuyas consecuencias pudieron haber derivado en incumplimientos del contrato.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la observación sustancial Nº 1 no ha sido levantada, siendo viable la aplicación de los incisos g) y h) del artículo 4 de la Ley provincial Nº 50, es importante señalar, que en caso de aplicación del inciso h) estarían dadas las pautas temporales.

En ese contexto, a efectos de determinar las pautas temporales para la aplicación de eventuales sanciones por parte de este Tribunal, cabe indicar que la Jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia sostuvo: "(...) *que la potestad sancionatoria de este Órgano de Control, encuentra su fundamento en la necesidad de cumplimentar con su cometido sobre los organismos que se encuentran bajo su fiscalización (conf. Superior Tribunal de Justicia en 'Aguirre' y 'Toledo Zulmelzu').*

Conforme los lineamientos seguidos por el Superior Tribunal de Justicia, en el fallo 'Blazquez, Daniel c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo', se sienta el criterio relativo a fijar el dies a quo de la potestad sancionatoria, a partir del día siguiente de la publicación del acto o

la potestad sancionatoria, a partir del día siguiente de la publicación del acto o del ingreso de las actuaciones a este Órgano de Control, lo que suceda primero en el tiempo.

Asimismo, en los autos caratulados: 'Tribunal de Cuentas c/ Santamaría, Felix Alberto si Ejecutivo', del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial del Distrito Judicial Sur, se fijó la pauta en función de la cual el plazo del artículo 75 era aplicable no sólo para la acción de responsabilidad patrimonial, sino también para la aplicación de multas a los agentes estatales, toda vez que ambos supuestos se desprenden de la interpretación del artículo 44 de la citada ley.

La mentada jurisprudencia fue adoptada por el Cuerpo de Miembros de este Tribunal de Cuentas mediante el Acuerdo Plenario N° 1744 (…)". (Informe Legal N.º 192/2021 Letra: TCP-CA).

Así, teniendo en cuenta que el ingreso de las actuaciones a este Organismo -conforme surge del sello inserto al reverso de la caratula- ocurrió el 25/05/2022, aún no se encontrarían excedidas las pautas temporales para ejercer las atribuciones conferidas por la Ley provincial N.º 50 (conf. art. 75, sustituido por el art. 45 Ley prov. N° 1333).

Más allá de que, la Resolución N.º 855/2021, Letra: D.P.P., por la que se aprobó el Certificado de Obra N.º 02/2021, que fue suscripta el 17/12/2021 (fojas 207/208), por lo que incluso tomando como fecha la publicación del mentado acto administrativo (que nunca puede ser anterior a su suscripción), no se modificaría lo afirmado en el apartado anterior.

Asimismo, se comparte lo indicado por la Auditora Fiscal, respecto a la responsabilidad del señor Roberto Marcial MURCIA, suscribió los actos administrativos de aprobación de los certificados de obra, en su carácter de Presidente de la Dirección Provincial de Puertos

Por último, también se comparte lo manifestado con respecto al presunto perjuicio fiscal, ya que dijo: "(…) *Los incumplimientos normativos detectados, no permiten presumir por sí solos la existencia de perjuicio al erario público, en función de lo analizado en el apartado 4* (…)".

Ello, sin perjuicio del seguimiento que debería hacerse a efectos de verificar el descuento en la liquidación final o cierre de Cuentas, para lograr el recupero de lo indicado en el Incumplimiento Sustancial, ya que en dicha oportunidad de dijo: "(…) *De lo expuesto, surge que, la Contratista, efectivamente tiene un crédito a su favor de $ 7.693,52 en la Agencia de Recaudación Fueguina, y que en consecuencia dicho importe no fue recuperado por esta Dirección de Puertos cancelando así el Anticipo Financiero otorgado.*

No obstante ello, considerando el estado en que se encuentra la tramitación de la obra de mención, (…) el importe no recuperado se va a descontar de dicha liquidación, ello de conformidad al Punto 55.- Del Pliego de Bases y Condiciones Generales".

CONCLUSIÓN

En virtud de lo expuesto, cabe indicar que si bien de los incumplimientos Formales y Sustanciales del contrato, no surge un Perjuicio Fiscal, es importante resaltar que dichos incumplimientos implicaron un riesgo importante para la prosecución del contrato.

En consecuencia, que podría ser viable la aplicación de los incisos g) y h) del artículo 4 de la Ley provincial Nº 50, a los funcionarios señalados como responsables por la Auditora Fiscal, a fin de evitar futuros incumplimientos como los aquí analizados, lo que quedaría a criterio de la Superioridad.

De allí, que es importante señalar que en caso de aplicación del inciso h) estarían dadas las pautas temporales.

En mérito a las consideraciones vertidas, se giran las presentes actuaciones para la continuidad del trámite.

Dra. Beatriz Lilián BRUES
ABOGADA
Tribunal de Cuentas de la Pro...