

**AMPLIA DEMANDA – CITACIÓN DE TERCERO - MEDIDA
PRELIMINAR – AMPLIA PRUEBAS - SOLICITA TRASLADO**

Sr. Juez en lo Civil y Comercial

1era Nominación – DJS.

Pablo Esteban GENNARO (M.P. N° 782 C.P.A.U.), **Sandra Anahí FAVALLI** (M.P. N° 365 S.T.J.T.F.), por la participación otorgada oportunamente en estos autos caratulados "*Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ LEDESMA Alejandro Modesto, ARTETA IRIONDO Carolina y VALENCIA Patricia Susana s/ Daños y Perjuicios*" Expte. N° 24935,, con domicilio legal y digital oportunamente constituido en calle 12 de Octubre N° 131 de esta ciudad de Ushuaia y electronico en el D.N.I N.º 21.784.786 usuaria Sandra Anahi FAVALLI (mail: sandrafavalli77@yahoo.com.ar), con el patrocinio letrado de los Dres. **Pablo RUSSO** (M.P. N° 775 C.P.A.U.) y **Federico ANDEREGGEN** M.P. Nro. 641 CPAU, ante V.S. respetuosamente comparecemos y decimos:

I. OBJETO

En tiempo y forma y por la participación acordada, conforme se adelantó en el acápite 5to del escrito inicial de la demanda, vienen por la presente a ampliar la demanda incoada oportunamente, exponiendo nuevos fundamentos, ofreciendo la prueba a sustanciarse en estos autos y que se cite al Tercero en los términos del acápite IV a integrar la litis, solicitando en definitiva se ordene su traslado en forma conjunta con la demanda.

Asimismo, se solicita se haga lugar a la medida preliminar en los términos del Acápite V.a) de la presente.

II. AMPLÍA DEMANDA

II.1 FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN INICIADA.

La acción resarcitoria iniciada se funda en la responsabilidad que tienen los funcionarios públicos cuando omiten las diligencias impuestas por la ley y producen una lesión al patrimonio provincial.

Como se puede comprobar en los expedientes acompañados, los ex-funcionarios demandados incumplieron las obligaciones impuestas tanto por la Constitución Provincial, como por las Leyes provinciales N° 495 y N° 1015, los Decretos provinciales N° 674/2011 y N° 3487/2017, la Resolución de la Secretaría de Contrataciones N° 40/2019 y la Resolución de Contaduría General N° 12/2013.

Además, resulta de aplicación el deber de reparar el daño causado, principio general del derecho común. Esto es claro: el principio de integridad patrimonial obliga a quien lesiona el patrimonio ajeno a resarcir íntegramente perjuicio ocasionado.

Es menester aclarar que cuando el patrimonio dañado es el del Estado y el generador del daño es un funcionario público, la acción de resarcimiento aplicable está prevista en el derecho público local y se denomina de responsabilidad patrimonial que tiene como finalidad perseguir el resarcimiento de los daños económicos producidos y como consecuencia, restablecer el equilibrio económico cuando éste se ha visto quebrantado.

A partir de allí se desprenden los elementos esenciales que informan la acción: por un lado, el bien jurídico protegido es el patrimonio estatal, entendido en sentido amplio; por otro, la relación de especial sujeción que vincula al Estado con quienes ejercen la función pública.

En este sentido debe entenderse que funcionario, agente y estipendiario son sinónimos y se refiere a los integrantes de todas las entidades del sector público provincial, haciendo referencia a toda persona a la que se pueda adjudicar: “1) la

pertenencia a las filas del estado, entendiéndose el término estado en su sentido más amplio, comprensivo de la administración centralizada y descentralizada; 2) la irrelevancia de la naturaleza jurídica de la relación que haya entre el estado y quien cumple funciones para él, y del régimen jurídico de esa relación, y 3) la prestación de servicios o el ejercicio de funciones para el estado o a nombre del estado (o ambas cosas), que conlleven la participación en la formación o ejecución de la voluntad estatal, en cualquier nivel o jerarquía, en forma permanente, transitoria o accidental, remunerada u honoraria, enderezada al cumplimiento de fines públicos, sea cual fuere la forma o el procedimiento de designación del funcionario” (Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil, Comercial y Laboral en la causa “Tribunal de Cuentas de la Provincia c/ Plasenzotti, Leonardo Ariel s/ Acción Resarcitoria”, Expediente N° 5479/2010, sentencia del 6 de octubre de 2016, en la que hace propia la definición de la Procuración del Tesoro de la Nación en Dictámenes: 236:247).

Como consecuencia de este especial vínculo jurídico, el funcionario asume ciertas obligaciones de resultado: como someter su accionar al principio de juridicidad y cumplir su función de manera inocua al patrimonio estatal. En palabras sencillas: Si el estipendiario dispone de fondos públicos apartándose de la legalidad, debe rendir cuentas y puede ser multado; si además de la conducta irregular genera daño al erario, está obligado a responder.

Con ello están establecidas las bases del sistema de resarcimiento: El Estado no tiene el deber jurídico de soportar lesiones antijurídicas a su patrimonio sin ser indemnizado, salvo que haya causas de justificación. Puesto blanco sobre negro: cuando un daño no es antijurídico, entonces no debe reparado por el agente, pero si hubo una conducta ilegítima, ya sea por acción o por omisión, con dolo, culpa o negligencia, debe resarcir.

Tanto es así que el derecho positivo provincial se refiere a esta responsabilidad en el artículo 188 de la Constitución Provincial, en los artículos 43

a 46 de la Ley provincial N° 50, en el artículo 4°, inciso d), de la Ley provincial N° 495 y en el artículo 11 de la Ley provincial N° 1015.

Puede corroborarse en la Constitución Provincial, en el capítulo dedicado a la responsabilidad de los funcionarios públicos, que el artículo 188 ordena: *“Los funcionarios de los tres poderes del Estado Provincial, aun el interventor Federal, de los entes autárquicos y descentralizados y de las municipalidades y comunas, son personalmente responsables por los daños que resulten de las violaciones a sus deberes y a los derechos que se enuncian en la Constitución Nacional, en la presente y en las leyes y demás normas jurídicas que en su consecuencia se dicten”*.

Sin perjuicio que a partir de este mandato constitucional se dictaron diferentes normas, la obligación de resarcir que tienen los funcionarios, en caso de daños ocasionados por conducta irregular, se precisó en el *“Capítulo 12 – De la Responsabilidad”*, de la Ley provincial N° 50, donde se prevé:

Artículo 43.- Los estipendiarios serán responsables de los daños que por dolo, culpa o negligencia causaren al Estado, estando sujetos a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas. La jurisdicción del Tribunal se extenderá a aquellas personas que, sin ser agentes del Estado, dispusieren o tuvieran en custodia bienes públicos.

Artículo 44.- El agente que autorizare o realizare compras o gastos contraviniendo normas legales, responderá del total gastado en esas condiciones. Si el gasto o compra resultare beneficioso para el Estado no se formulará cargo, siempre que la autoridad competente ratificase el acto, pero se aplicará una multa al agente responsable, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales que pudiere corresponderle. El agente deberá probar la inexistencia de perjuicio para la administración.

Artículo 45.- Los agentes que autorizasen gastos sin la existencia del crédito correspondiente, o que excediesen el crédito serán responsables por el monto total o por la suma que excediese el crédito, salvo que la autoridad

competente acuerde el crédito necesario de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

Artículo 46.- Los agentes que dictasen, ejecutasen o interviniesen a sabiendas o con manifiesta culpa o negligencia en actos u omisiones contrarias a disposiciones legales, serán solidariamente responsables”.

El Tribunal de Cuentas tiene la facultad de ejercer esta acción tanto en sede administrativa como en sede judicial, conforme los artículos 2º, inciso f, 26 inciso i) y 51 de la Ley provincial N.º 50.

Este tema se ha analizado en profundidad en sede judicial y se consideró:

“Diremos entonces que la responsabilidad civil ‘se deriva del comportamiento -doloso o culposo- del funcionario, del cual se deriva un daño o perjuicio a terceros a la administración. El ‘sujeto lesionado’ es el parámetro que permite diferenciarla de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto: la civil atiende a la reparación a los terceros, mientras que para la patrimonial el sujeto dañado es la administración’.

En cuanto al fundamento de esta responsabilidad, destacamos que: ‘Son los contribuyentes quienes con sus impuestos colaboran principalmente con el mantenimiento económico del Estado y por ello sufragan -en forma indirecta- los daños producidos por la actividad desarrollada por los funcionarios...La sociedad toda se comporta como una gran compañía de seguros que indemniza los daños ocasionados por los funcionarios públicos’.

La acción que ha iniciado el Tribunal de Cuentas, se da en el marco de la previsión establecida en el art. 51 de la ley 50, que establece: ‘El Tribunal de Cuentas, por acuerdo plenario de sus miembros, podrá resolver que, en caso de que existiese un perjuicio patrimonial al Estado por uno de sus estipendiarios, se inicien directamente las acciones correspondientes ante el órgano judicial’.

(Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil Comercial y del Trabajo, en la causa “*Tribunal de Cuentas c/ Albers Juan Carlos c/ Daños y Perjuicios*”, Expediente N° 8074/16, sentencia del 24 de abril de 2017).

También sobre la responsabilidad de los funcionarios, en el artículo 4° de la Ley provincial N° 495, de Administración Financiera y Sistemas de Control Público, se hace referencia a la responsabilidad de quienes dirigen cada jurisdicción y se prevé:

“(...) d) establecer como responsabilidad propia de la administración superior de cada jurisdicción o entidad y descentralizados, sean éstos autárquicos o no, del sector público provincial, la implantación y mantenimiento de:

1.- Un sistema contable adecuado a las necesidades del registro e información y acorde con su naturaleza jurídica y características operativas.

2.- Un eficiente y eficaz Sistema de Control Interno normativo, financiero, económico y de gestión sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica del control previo y posterior, y de la auditoría interna.

3.- Procedimientos adecuados que aseguren la conducción económica y eficiente de las actividades institucionales y la evaluación de los resultados de los programas, proyectos y operaciones de los que es responsable la jurisdicción o entidad.

Esta responsabilidad se extiende al cumplimiento del requisito de contar con un personal calificado y suficiente para desempeñar con eficiencia las tareas que se le asignen en el marco de esta Ley”.

De este modo se tiene certeza que el Constituyente y el Legislador le encomendaron al Tribunal de Cuentas el control y la protección del patrimonio estatal, y que para hacerlo efectivo le otorgaron una acción de responsabilidad

contra los funcionarios públicos que autoricen o realicen compras o gastos contraviniendo las normas.

Sin entrar ahora en disquisiciones doctrinarias, para que los funcionarios que hicieron compras o pagos de manera irregular reparen el daño causado, además de la imputación normativa que da el título de la obligación que se reclama, se requiere la imputación jurídica para determinar la medida en la que esa obligación debe ser resarcida.

Para que ello ocurra, debe especificarse primero la existencia del daño y luego atribuir ese perjuicio al funcionario que actuó de manera irregular. Esta tarea lleva implícito identificar cuál es el nexo que une ambos elementos y precisar si esa acción u omisión antijurídica se realizó con dolo, culpa o negligencia.

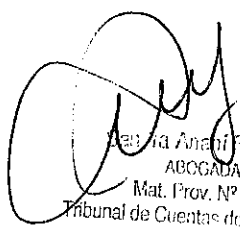
II.2. EL DAÑO.

El desequilibrio en las prestaciones. Bienes pagados que no fueron recibidos por la Dirección Provincial de Energía.

La medida de la lesión al patrimonio provincial resulta del desequilibrio entre las prestaciones no recibidas y los pagos realizados por la suma de PESOS SEIS MILLONES QUINIENTOS CUATRO MIL TREINTA Y CUATRO CON ONCE CENTAVOS (\$6.504.034,11).

Este *quantum* fue determinado en la Resolución Plenaria N° 111/2021 del Tribunal de Cuentas, dictada el 14 de mayo de 2021, en la que se compartieron e hicieron propios los términos del Informe Contable N° 158/2021, Letra: T.C.P.-D.P.E, del 5 de mayo de 2021.

En el mencionado Informe Contable se precisó que:


Cecilia Ariani Favalli
ABOGADA
Mat. Prov. N° 365
Tribunal de Cuentas de la Provincia

A) En el hecho N° 1 – pago gestionado en el Expediente N° 711/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de: 15 luminarias A.P. IP66 XCEED-VE BRP373 L1 LED 216 CW DMB FC 23000 LM PHILIPS (código 919001000319) según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00009892 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 8 de abril de 2019, por la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$278.550).

B) En el hecho N° 2 - pago gestionado en el expediente N° 712/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de: Trescientos (300) PFISTERER KIT PARA DERIVACIÓN ANTIFRAUDE (Código 30000430); Tres (3) ABB INT.CAJA MOL. XT1B 160 TMD 3P DESDE 102A---136---160 AMPER (Código 1SDA066809R1); Dos (2) ABB CONTACTOR 3P AC1-100A BOBINA DE 100-250 AC/DC (Código 1SBL367001R1300); Diez (10) 3M-CINTA SCOTCH SUPER 33+AISLADORA 19MMX0.177MM X 20 MTS (Código 456113M); Treinta (30) FUSIBLE NH 250 AMP. TAM.02 SEMIKROM (Código 40000361); Diez (10) APR SECCIONADOR UNIP.400/630A S/SOP. P/FUS.NH 00 C/CAM.ANTICH.PFISTER (Código 30000705CC); Dos (2) STECK CAJA PASO BAJA 474X396X128 C/EMB (Código SLB011C); Dos (2) STECK BOTONERA 6 BOTONES+EMERG. (Código PL07); Veinticinco (25) PROYECTOR DE LED 70 W 5700K 6000 LM TEMPO PHILIPS (Código 911401610303); Treinta (30) PROYECTOR DE LED 50 W 5700K 4300 LM TEMPO PHILIPS (Código 911401608303), según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00009746 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 26 de marzo de 2019, por la suma de PESOS SEISCIENTOS SETENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$672.826,56).

C) En el hecho N° 3 - pago gestionado en el expediente N° 713/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la prestación de: Un (1) MONTAJE Y RECONEXIONADO DE TABLEROS Y PROYECTORES (Código REPTRA)

según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 3-10379 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 15 de mayo de 2019 por la suma de PESOS OCHOCIENTOS QUINCE MIL (\$815.000).

D) En el hecho N° 4 - pago gestionado en el expediente N° 714/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de: Tres (3) ABB SECCIONADOR B/CARGA TRIPOLAR S/BASE PORTAFUSIBLE 125A-125F3 (Código 1SCA105033R1001); Nueve (9) ABB FUSIBLE DIN TIPO GG 125A HASTA 500V TAMAÑO 00 OFAFOOH125 (Código 1SCA022627R1630); Tres (3) ABB CONTAC.TRIP.AC1-50A+1NA 20..60V AC/DC (Código 1SBL277001R1100); Tres (3) ABB CAJA PLAST GRIS P/6 PULS IP66 MEP6-0 (Código 1SFA611816R1000); Seis (6) ABB CONTACT.TRIP. 18A +1NA..60V AC/DC (Código 1SBL177001R1110); Seis (6) ABB BLOQUE LED ROJO 230VCA MLBL-07R (Código 1SFA611621R1071); Trescientos (300) PRYSMIAN TPR 4X2,50MM2 ECOPLUS 500V (Código 20229004); Quince (15) ZOLODA BORNE BP P/CONDUCTOR 16 MM (Código BPN16); Cinco (5) ZOLODA BORNE BP P/RIEL PUESTA A TIERRA 16 MM (Código BSLKN16); Tres (3) ABB DIF 4P 80A 30MA AP-R F204A-80/0,03 ALTA INMUNIDAD (Código 2CSF204401R1800); Quince (15) ABB ITM 3P 50A CURVAC6KA - SH203 C50 (Código 2CDS213001R0504); Dos (2) GC GABINETE 70X50X20 TABLERO KIT MODULAR 84 BOCAS MSDT75R (Código 360006); Cincuenta y cinco (55) BAEL PROY ULTRA DELG INY. ALUM C/LED PHILIPS IP66 (Código SPORT150L25F) según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00011736 de la empresa INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida 3 de septiembre de 2019 por la suma de PESOS UN MILLÓN TRESCIENTOS VEINTIÚN MIL QUINIENTOS NOVENTA Y TRES CON VEINTIDÓS CENTAVOS (\$1.321.593,22).

E) En el hecho N° 5 - pago gestionado en el expediente N° 722/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de:

Ochenta y cinco (85) ZOLODA PORTAFUSIBLE UNIPOLAR P-FUSIBLES 10X38MM C/INDICADOR DE FUS (Código BMFN10X38LBT); Trescientos veinte (320) LED BULB ESSENTIAL 7-50 W E27 CALIDA 3000K 220-240 V PHILIPS (Código 8718696681336); Veinticinco (25) PHILIPS PROYECTOR DE LED 70W 5700K 6000LM TEMPO (Código 911401610303); Cuarenta y cinco (45) FUSIBLE NH 250 AMP. TAM.02 SEMIKROM (Código 40000361); Quince (15) APR SECCIONADOR UNIP 400/630A S/SOP. P/FUS.NH 00 C/CAM.ANTICH.PFISTER (Código 30000705CC); Tres (3) GC GABINETE 30X55X10 EXTRACHATO CM 48 BOCAS (Código 331314); Tres (3) ABB INT.CAJA.MOL XT4N 250 LS/I IN 100 A 250A 3P FF (Código 1SDA068126R1); Veinte (20) LUMNIA FOTOCELULA ZOCALO P/FOTOCONTROL 10 A (Código LMA/Z10A), según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00010380 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida 15 de mayo de 2019 por la suma de PESOS QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y SEIS CON OCHENTA Y DOS CENTAVOS (\$559.736,82).

F) En el hecho N° 6 - pago gestionado en el expediente N° 724/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de Quince (15) luminarias A.P. IP66 XCEED-VE BRP373 L1 LED 216 CW DMB FC 23000 LM PHILIPS, (Código 919001000319), según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00010795 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 12 de junio de 2019 por la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$278.550).

G) En el hecho N° 7 - pago gestionado en el expediente N° 740/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de: Veinte (20) BAEL COLG.EN INYEC ALUMINIO C/LED PHILIPS IP65 LENTE 90 19500 LM (Código STAR150L90F); Treinta y nueve (39) FUSIBLE NH 250 AMP.TAM.02 SEMIKROM (Código 40000361); Treinta y nueve (39) APR SECCIONADOR UNIP.400/630A S/SOP. P/FUS.NH 00 C/CAM.ATICH.PFISTER

(Código 30000705CC); Doscientos ochenta y cinco (285) CABLE SUBTERRANEO 3 X 35+16 MM PVC 0.6/1 KV ERPLA (Código CPL335160); Cuarenta (40) PHILIPS PROYECTOR DE LED 70 W 5700K 6000 LM TEMPO (Código 911401610303); Quinientos (500) PRYSMIAN TPR 4X6,00 MM2 ECOPLUS 500V (Código 20228639); Veinticinco (25) PHILIPS AQUA TCW063 2XTL-D36W VACIO (Código 7702081996199); Cinco (5) ABB INT.CAJA MOL. XT1B 160 TMD 3P DESDE 112 A 160A 1600 FF (Código 1SDA066809R1); Cincuenta (50) PHILIPS TUBO LED 16W ECOFIT (1200 MM) 6500 K S/SEB LUZ DÍA (Código 8718696732120), según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00010467 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 21 de mayo de 2019 por la suma de PESOS UN MILLÓN CUATROCIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON CUARENTA Y NUEVE (\$1.413.351,49).

H) En el hecho N° 8 - pago gestionado en el expediente N° 741/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de: Quince (15) BAEL COLG. EN INYEC. ALUMINIO C/LED PHILIPS IP65 LENTE 90 19500 LM (Código STAR150L90F); Cuatrocientos cincuenta (450) LED BULB ESSENTIAL 12 -95 W E27 FRIA 6500K 220-240 V PHILIPS (Código 8718696760413); Mil (1000) CABLE UNIP. FLEX 1 X 2.5 MM MARRON ERPLA (Código CIN010025M); Mil (1000) CABLE UNIP. FLEX 1 X 2.5 MM CELESTE ERPLA (Código CIN010025C); Mil (1000) CABLE UNIP. FLEX 1 X 2.5 MM VER-AMA ERPLA (Código CIN010025V); Sesenta y dos (62) PROYECTOR DE LED 70 5700K 6000 LM TEMPO PHILIPS (Código 911401610303); Ciento cincuenta (150) PHILIPS TUBO LED 16W ECOFIT (1200MM) 6500 K S/SEB LUZ DÍA (Código 878696732120); Setenta y cinco (75) PHILIPS AQUA TCW063 2XTL-D36W VACÍO (Código 7702081996199); Treinta (30) ABB ITM SH 202 C 25 6.0KA (Código 2CDS252001R0254); Cinco (5) ABB ITM S 204 C 63 6.0KA (Código 2CDS254001R0634); Cuatro (4) ABB INT.DIFERENCIAL FH204 63A 300MA (Código 1TMF204006R3630); Seis (6)

ABB INT.DIFERENCIAL FH202 25A 30MA (Código 1TMF202006R1250); Doce (12) ABB ITM SH 202 C 16 6.0KA (Código 2CDS252001R0164); Tres (3) SIERRA COPA SANDFLEX BI-METAL 25MM – BAHCO (Código 383025VIP); Tres (3) SOPORTE P/SIERRA COPA DIAM 14-30 MM BAHCO (Código 3834ARBR930); Cuatro (4) LUMNIA FOTOCÉLULA DE 10A.NORMALIZADA (Código 8FN2C); Cuatro (4) LUMNIA FOTOCELULA ZOCALO P/FOTOCONTROL 10A (Código LMA/Z10A), según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 0003-00009583 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. emitida el 9 de marzo de 2019 por la suma de PESOS OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y SEIS CON DOS CENTAVOS (\$885.876,02).

I) En el hecho N° 9 - pago gestionado en el expediente N° 742/2019 de la Dirección Provincial de Energía, no se acreditó la recepción de la recepción de quince (15) luminarias A.P. IP66 XCEED-VE BRP373 L1 LED 216 CW DMB FC 23000 LM PHILIPS, código 919001000319, según la cantidad y descripción de la Factura tipo A N° 3-10355 de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. del 14 de mayo de 2019 por la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$278.550).

En los nueve hechos en los que se funda la demanda hay elementos comunes: una Factura de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. por bienes o servicios que no se recibieron en la D.P.E., el libramiento de pago y el comprobante de pago.

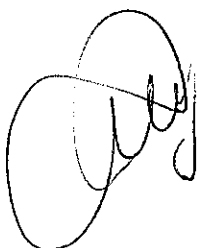
Además de que los propios pagos están realizados de manera irregular, la conducta antijurídica de los demandados también se refleja en lo que no existe en los expedientes tramitados. A saber: no hay procedimientos de selección, ni previsión presupuestaria; no se acredita que haya habido acto de adjudicación o contrato u orden de compra; tampoco existe la conformidad de un tercero ajeno al procedimiento de selección y de los procedimientos de pago en la recepción de los bienes o servicios.

Como seguidamente detallamos, tanto las contrataciones como los pagos estatales deben seguir un procedimiento preestablecido, dado que son actividad reglada de la Administración. Por la jerarquía de la fuente, comenzaremos por señalar los incumplimientos constitucionales. En todos los casos se ha incumplido con los artículos 8º, 63, 73 y 74 de la Constitución Provincial.

El artículo 8º de la Carta Magna provincial ordena que: *“Todos los actos de Gobierno deben ser publicados en la forma que la ley determine, garantizando su plena difusión, especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de los fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado Provincial o a las Municipalidades. La violación de esta norma provocará la nulidad absoluta del acto administrativo no publicitado, sin perjuicio de las responsabilidades políticas, civiles y penales de las personas intervinientes en él”*.

El artículo es claro, la disposición de fondos públicos debe realizarse por un acto administrativo que debe ser publicitado, so pena del ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. Téngase presente que se ha dicho que: *“No es una falta menor, en consecuencia, no avenirse a las formas en un sistema que fija éstas para facilitar el control y la transparencia de los actos estatales”* (Superior Tribunal de Justicia, causa *“Cofreces, Jorge Marcelo c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia s/ Contencioso Administrativo”*, Expediente N° 2476/2011, sentencia del 15 de agosto de 2014).

En los expedientes administrativos acompañados como prueba documental tampoco hay ningún acto administrativo que apruebe el gasto y ordene el pago, por lo que no es posible que esas disposiciones de fondos públicos hayan sido publicitadas y, la consecuencia jurídica de tal conducta, es la ilegalidad de las transferencias y cheques realizadas por Carolina ARTETA y Patricia VALENCIA.



Por su parte, el artículo 74 de la Constitución Fueguina dice: *“Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”*.

A propósito de esta demanda, debe destacarse que las contrataciones de la Dirección Provincial de Energía, en tanto es una entidad estatal, son actividad reglada. En consecuencia, deben cumplir las normativas específicas sobre la materia y requieren un procedimiento de selección con una difusión previa amplia y documentada (sobre ambos temas profundizamos en el siguiente apartado).

No obstante ello, se puede confrontar en los Expedientes de la Dirección Provincial de Energía N.º 711/2019; N.º 712/2019; N.º 713/2019; N.º 714/2019; N.º 722/2019; N.º 724/2019; N.º 740/2019; N.º 741/2019; y N.º 742/2019 que durante la presidencia de Alejandro LEDESMA, que la D.P.E. no cumplió ni con el procedimiento de selección previo ni con la difusión de las operaciones que iba a realizar.

Esta afrenta a la Constitución Provincial también afectó a todos los empresarios del ramo que tienen derecho participar de la compulsa que les permitiría acceder al *“aprovechamiento integral de las riquezas provinciales tienen por finalidad el bienestar general, respetando y fomentando la libre iniciativa privada”* (artículo 63 de la Constitución Provincial).

A propósito de ello, la actual gestión en la Presidencia de la Dirección Provincial de Energía informó en su Nota N.º 1146/2021, Letra D.P.E., del 30 de abril de 2021, que *“no existen actos de difusión, invitaciones y adjudicación en las contrataciones directas N.º 172, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 188, 189 y 190/2019”* que son los procedimientos (inexistentes, como se verá) con los que se intentó vincular a los pagos realizados.

En cuanto a la fuente judicial, en causa análoga se decidió que “(...) el adecuado destino de los recursos públicos como instrumento para la satisfacción de verdaderas necesidades públicas-, es un deber que debe procurar todo funcionario público en ejercicio de sus funciones. Caso contrario deberá responder por ello.

No en vano nuestra constitución provincial en su artículo 74 dispone: “Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión. A su vez, el artículo 73 establece: ‘Es deber de la administración Pública Provincial la ejecución de sus actos administrativos fundados en principios de eficiencia, celeridad y economía, descentralización, imparcialidad y, al mismo tiempo racionalización del gasto público...’ deben instituirse precios testigos y publicarse en cualquier caso las adjudicaciones en el Boletín Oficial o Internet, para que la ciudadanía pueda saber si se ha contratado por encima o por debajo de la media del mercado.

Ello no hace más ni menos que a nuestro sistema republicano de gobierno. Esa necesaria publicación, incluso en contrataciones directas, deviene también del principio de publicidad y transparencia previsto en la Convención Interamericana contra la Corrupción” (Cámara de Apelaciones de Río Grande, Sala Civil, Comercial y Laboral en la causa “TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA c/ SINCHICAY, Vicente del V., Sandez Luis G., NACCARATO, Rafael R., MARTÍNEZ, Inés L. y otro s/ ACCIÓN RESARCITORIA” Expediente N° 5511/2010, sentencia del 6 de noviembre de 2014, voto del Dr. Ernesto LÖFFLER).

II.3. LA CONDUCTA ANTIJURÍDICA. NORMATIVA Y PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIONES PÚBLICAS VULNERADOS EN LOS

EXPEDIENTES DE LA DPE –CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO.

A) Las contrataciones estatales como actividad reglada de la Administración. Inexistencia del contrato.

Para comprender la normativa y principios de las contrataciones públicas vulnerados en los expedientes administrativos de la DPE (Nros. 711, 712, 713, 714, 722, 724, 740, 741 y 742 todos Letra E, Año 2019), como así también las consecuencias que ello apareja, corresponde realizar un repaso, sin pretender agotar su listado, al cuadro normativo que debe servir de guía en el ámbito provincial, enfatizando en sus principios.

Como punto de partida de lo anterior, mencionamos una norma supranacional insoslayable, la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción -específicamente lo establecido en el artículo 9, referido a Contratación Pública y Gestión de la Hacienda Pública- incorporada a nuestro derecho interno argentino merced a Ley nacional 26097.

En efecto, el artículo 9º de la mencionada Convención Internacional, inserto en el Capítulo II Medidas Preventivas, y que lleva por título “*Contratación Pública y gestión de la hacienda pública*”, establece:

“1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar, entre otras cosas:

a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que los licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas;

b) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación;

c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos;

d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo;

e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación.

2. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará medidas apropiadas para promover la transparencia y la obligación de rendir cuentas en la gestión de la hacienda pública. Esas medidas abarcarán, entre otras cosas:

a) Procedimientos para la aprobación del presupuesto nacional;

b) La presentación oportuna de información sobre gastos e ingresos;

c) *Un sistema de normas de contabilidad y auditoría, así como la supervisión correspondiente;*

d) *Sistemas eficaces y eficientes de gestión de riesgos y control interno;*

y

e) *Cuando proceda, la adopción de medidas correctivas en caso de incumplimiento de los requisitos establecidos en el presente párrafo. 3. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias en los ámbitos civil y administrativo para preservar la integridad de los libros y registros contables, estados financieros u otros documentos relacionados con los gastos e ingresos públicos y para prevenir la falsificación de esos documentos”.*

Ahora bien, a fin de desentrañar los alcances, principios y objetivos perseguidos en la norma transcrita –fundamentalmente poniendo el foco en los apartados a, b, c y d del inciso 1- resulta útil recurrir al documento elaborado en el año 2014 por la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNDOC) denominado: *“Guía sobre medidas contra la corrupción en la contratación pública y en la gestión de la hacienda pública - Buenas prácticas para lograr el cumplimiento del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”* (Dicho documento junto a la Convención puede consultarse en www.tcptdf.gob.ar –Normativa Jurídica- Legislación- Convenciones- más inf.).

Del mencionado documento internacional -que en adelante citaremos como *Guía Interpretativa Internacional*- podemos extraer los tres principios tenidos en cuenta para lograr un *“sistema eficaz”* de contratación pública, que tal como se expresa en el resumen operativo se encuentra: basado en *“la transparencia, la competencia y la integridad”*, agregando que: *“Un sistema de contratación que carezca de transparencia y competencia es el caldo de cultivo ideal del*

comportamiento corrupto; es por ello que los códigos internacionales más importantes de lucha contra la corrupción y de contratación pública descansan firmemente en estos principios fundamentales a fin de desalentar la corrupción” (véase primer párrafo “Resumen operativo” de la Guía Interpretativa Internacional).

Asimismo, antes de abordar concretamente la transcendental importancia que poseen los principios que deben estar presentes en toda contratación pública, resulta ilustrativo el abordaje realizado en el aludido documento internacional respecto al ciclo y los métodos de contratación pública y los riesgos de corrupción conexos expuestos en su introducción.

En tal sentido se explica que:

“Para entender la corrupción en la contratación pública es importante conocer el proceso de contratación. Los distintos procesos de contratación pública suelen basarse en una sucesión análoga de etapas. En general, el proceso de contratación pública consta de tres fases: la fase anterior a la licitación, la licitación, y la fase posterior a la licitación. El riesgo de corrupción existe a lo largo de todo el ciclo de contratación, que comprende:

- *La fase anterior a la licitación: La fase anterior a la licitación incluye la decisión sobre el alcance de las necesidades del gobierno, es decir, sobre qué bienes, servicios u obras han de contratarse. Los funcionarios encargados de la contratación deben determinar los requisitos técnicos pertinentes para precisar lo que se requerirá del sector privado y en qué momento. La fase anterior a la licitación incluye asimismo la estructuración del proceso de contratación. A este respecto, el personal de contratación suele ajustarse a una estructura reglamentaria existente para determinar la evolución del proceso, incluidos los plazos de la licitación, las etapas del proceso, el número de licitadores que cumplen las condiciones de licitación, las restricciones o excepciones a los procesos normalmente aplicables y la disponibilidad de sistemas y oportunidades de*

comunicación transparentes entre la entidad encargada de la contratación y los licitadores. La fase anterior a la licitación también incluye la preparación del presupuesto.

- *La fase de licitación:* Esta fase incluye la convocatoria a licitación, que entraña la selección del licitante que pasará a ser la otra parte del contrato mediante la evaluación de la propia licitación y del licitante, y la adjudicación de un contrato basado en las condiciones estipuladas con respecto a la forma en que han de proporcionarse los bienes, servicios u obras objeto de contratación. Abarca asimismo las condiciones o limitaciones relacionadas con la adjudicación, incluidos los agentes y subcontratistas que puedan tener conexiones con funcionarios públicos.

- *La fase posterior a la licitación:* Esta fase (a menudo denominada la de administración del contrato) guarda relación con la administración del contrato a fin de garantizar el cumplimiento efectivo de las condiciones conexas. En el curso de la ejecución del contrato sigue habiendo interacciones de diversa índole entre el licitante al que se adjudicó el contrato y las autoridades gubernamentales, por ejemplo con respecto a parámetros de referencia, cambios en los pedidos, plazos de pago, concesión de licencias y obtención de permisos” (ver Introducción: “El ciclo y los métodos de contratación y los riesgos de corrupción conexos”, página 5, de la Guía Interpretativa Internacional).

Además, en el documento internacional que venimos desarrollando se hace especial hincapié en: “La selección del procedimiento de contratación constituye un factor decisivo en el proceso de contratación. En particular, determina el número de etapas entre la decisión de adquirir y la compra en sí. Es importante comprender el efecto que puede tener el método de adquisición en la corrupción en el contexto de la contratación pública. Existen distintas maneras de categorizar los procedimientos de contratación, por ejemplo, haciendo una distinción entre tipos de procedimientos con o sin una notificación pública,

procedimientos con una o varias etapas, o procedimientos con o sin negociaciones. La elección del método de licitación depende por lo general del valor estimado del contrato, el número estimado de licitadores y la complejidad del bien, servicio u obra de que se trate (especialmente si la entidad compradora puede especificar su necesidad exacta). Los métodos de adquisición difieren entre sí según los distintos textos internacionales más importantes sobre contratación pública, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI, el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP de la OMC) o las directivas de la UE; no obstante, una posible clasificación general de los distintos tipos de contratación podría ser la siguiente:

- **Procedimiento abierto (licitación en sobre cerrado):** La licitación abierta es un método de contratación formal en una sola etapa en el que una empresa interesada, sin preselección alguna, puede presentar una oferta; por lo general las ofertas se hacen sobre la base de especificaciones detalladas de los gobiernos y el contrato suele adjudicarse al licitante que ofrece el precio más bajo. Este método permite un máximo de transparencia y competencia, pues normalmente requiere una notificación pública en la que se anuncie la oportunidad de contratación, así como un gran número de especificaciones técnicas y de condiciones contractuales, una inauguración pública de la licitación y la imposibilidad de negociar el contrato. En general, una entidad de contratación debe aplicar este método a menos que se justifique la aplicación de otros métodos.
- **Procedimiento restringido:** Un procedimiento restringido difiere de un procedimiento abierto en el sentido de que solo se permite presentar ofertas de licitación a determinadas empresas preseleccionadas que cumplen con los requisitos establecidos. Los procedimientos restringidos presentan ligeras variaciones según los distintos marcos. Pueden incluir una restricción de la licitación a las empresas que cumplieron los requisitos previos tras un anuncio público y sobre la base de criterios mínimos publicados y/o criterios de selección,

como es el caso con arreglo a las directivas de la UE. En un procedimiento restringido también puede no ser necesario el anuncio público de una oportunidad de contratación, según la interpretación que se hace en la Ley Modelo de la CNUDMI. Esto puede suceder, por ejemplo, cuando el objeto de la contratación solo puede obtenerse de un número limitado de proveedores.

- *Procedimiento negociado:* El procedimiento negociado se utiliza a menudo en casos en que no es factible (o posible) formular especificaciones técnicas y condiciones contractuales exhaustivas. Por tanto, es necesario entablar un diálogo con los licitadores a fin de celebrar el contrato. El procedimiento negociado también se utiliza frecuentemente cuando un procedimiento de licitación no ha tenido éxito (por ejemplo, cuando no hay ofertas de licitación o se han recibido solo ofertas no conformes a los requisitos). Otra razón frecuente que determina la selección de un procedimiento negociado son las circunstancias de urgencia o un acontecimiento catastrófico.

- *Contratación basada en una sola fuente (adjudicación directa o licitación limitada):* La contratación basada en una sola fuente a menudo permite que la entidad de contratación elija a su socio de contraparte sin ningún tipo de transparencia o competencia. Este tipo de contratación constituye una importante desviación de los principios fundamentales esbozados más arriba. Entre las razones para recurrir a la contratación basada en una sola fuente cabe mencionar, por ejemplo, el bajo valor estimado del contrato; el hecho de que los bienes o servicios en cuestión se pueden adquirir únicamente de un solo proveedor; las necesidades urgentes, un acontecimiento catastrófico; la necesidad de adquirir insumos adicionales de un proveedor existente; o consideraciones especiales en materia de defensa nacional o seguridad nacional.

El tipo de procedimiento de contratación seleccionado puede incidir directamente en el riesgo de corrupción existente en una contratación pública. Por esta razón, el procedimiento de licitación abierta suele considerarse el método más

utilizado (es decir, el método de contratación por defecto), y la licitación basada en una sola fuente —que entraña quizás el mayor riesgo de corrupción y favoritismo— se permite por lo general en circunstancias excepcionales. Es común que se abuse de la contratación directa basada en una sola fuente a fin de facilitar la corrupción. Quienes se ocupan del tema de la corrupción han hecho hincapié en que la contratación basada en una sola fuente realizada so pretexto de extrema urgencia solo debería utilizarse cuando, con un motivo legítimo, no se disponga de suficiente tiempo para aplicar los procedimientos normales y cuando la situación urgente resulte verdaderamente imprevisible para la entidad de contratación y no sea atribuible a esta. Por consiguiente, una entidad de contratación debe planificar con antelación y no puede pretender que una necesidad sea imprevisible simplemente porque, por ejemplo, no pudo obtener las aprobaciones externas e internas a su debido tiempo, o porque no le es posible cumplir los plazos mínimos para la presentación de ofertas. En el contexto de la contratación directa, es por tanto indispensable que la legislación sobre contratación especifique detalladamente los motivos que justifican la utilización de la contratación basada en una sola fuente. Luego es necesario interpretar estrictamente esos motivos y consignarlos en el registro de contratación” (Ver, págs. 5/7 de la Guía Interpretativa Internacional).

Abordando de lleno los principios que emergen del artículo 9° inciso 1 en sus apartados a, b, c y d, encontramos que en el Capítulo I referido a la “La contratación pública: obligaciones emanadas del artículo 9°.1) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” de la Guía Interpretativa Internacional expresa:

“A. Introducción: A fin de garantizar la aplicación de procedimientos de contratación legítimos y el mantenimiento de documentos públicos adecuados, el artículo 9 de la Convención contra la Corrupción requiere lo siguiente:

a) el establecimiento de sistemas apropiados de contratación pública;

- b) la transparencia en la contratación;*
- c) criterios objetivos de adopción de decisiones;*
- d) un mecanismo de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación;*
- e) la integridad de los funcionarios públicos; y*
- f) la integridad de los libros y registros contables y estados financieros”*

En los párrafos anteriores se observó que un sistema de contratación apropiado debe conseguir un equilibrio entre una serie de metas. Entre estas, la experiencia ha demostrado que la competencia, la transparencia y la integridad son probablemente las más importantes.

Con miras a prevenir eficientemente la corrupción en la esfera de los contratos públicos, el artículo 9.1) de la Convención contra la Corrupción —como ya se ha señalado— requiere que los Estados parte basen sus sistemas de contratación en estos principios fundamentales. Específicamente, la Convención exige que los sistemas de contratación apropiados que establezcan los Estados parte estén *“basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción”* (Véase página 10 de la Guía Interpretativa Internacional).

Respecto del primer principio concretamente expresa: *“La transparencia es una característica fundamental de un sistema de contratación apropiado y normalmente incluye lo siguiente: a) el anuncio de las oportunidades de contratación y la difusión de las normas conexas; b) la conducción de los procesos de contratación de forma pública y visible, de conformidad con las normas y los procedimientos prescritos en relación con la limitación de la discrecionalidad de los funcionarios superiores; c) el establecimiento de un sistema de supervisión y aplicación de la normativa aplicable. Dado que las entidades de contratación*

suelen gozar de un alto grado de discrecionalidad en el proceso de contratación, la exigencia de transparencia permite controlar el ejercicio de esa discrecionalidad. Los sistemas de contratación dependen de la transparencia para que las partes interesadas (encargados de la formulación de políticas, funcionarios superiores, competidores y el público en general) puedan supervisar el proceso de contratación. Esa supervisión es una herramienta esencial para velar por que los agentes gubernamentales que participan en el proceso de contratación —los funcionarios de contratación y los vendedores— persigan los fines del gobierno y no los suyos propios. La transparencia garantiza el cumplimiento de las normas e, inversamente, permite detectar y abordar su incumplimiento. Por consiguiente, la transparencia es el factor que hace más difícil encubrir y respaldar las decisiones discriminatorias en el proceso de contratación. Cabe destacar asimismo el hecho importante de que la transparencia también facilita el logro de los demás objetivos del sistema de contratación (en particular, la no discriminación), y por ello debe tenerse en cuenta en todas las etapas del proceso de contratación pública” (Ver paginas 10/11, Guía Interpretativa Internacional).

Asimismo, sobre el segundo principio señala que:

“La competencia en la contratación pública significa por lo general que dos o más licitadores actúan independientemente y toman la oportunidad de concursar para hacerse con el contrato propuesto por la entidad contratante ofreciendo las condiciones más favorables. La competencia es un factor decisivo para los gobiernos (y sus ciudadanos) a fin de lograr la mejor relación entre calidad y precio. En particular, tiene como resultado una reducción del precio y una mayor calidad de los bienes, servicios y obras” (página 11 de la Guía Interpretativa Internacional).

Como última pata que hace a un sistema apropiado de contratación pública, se hace referencia a “criterios objetivos de adopción de decisiones”, aludiéndose con ello a lo siguiente:

“Uno de los principios fundamentales de la Convención contra la Corrupción en relación con los criterios de adopción de decisiones es la objetividad. La objetividad en la adopción de decisiones en el contexto de la contratación pública consiste en tratar (en la medida de lo posible) de reducir o eliminar cualquier sesgo, prejuicio y evaluación subjetiva.

Por esta vía, debe considerarse que el principio de objetividad en la adopción de decisiones en materia de contratación pública guarda estrecha relación con el principio de no discriminación y trato equitativo de los proveedores. Esto significa que no se debe hacer distinción alguna entre los proveedores de bienes, servicios u obras salvo cuando ello se justifique a la luz de consideraciones objetivas pertinentes. El principio de objetividad en la adopción de decisiones en el contexto de la contratación pública también está estrechamente relacionado con el principio de integridad.

En cuanto a la integridad, en particular, requiere objetividad en todas las etapas del proceso de contratación y un comportamiento ético por parte de todos los participantes en el proceso, así como un sistema independiente y eficaz de reparación.

Otro factor relevante es que la integridad y la objetividad facilitan la consecución de los demás objetivos, como la prevención de la corrupción, y la objetividad demuestra el modo en que los principios fundamentales de transparencia, competencia y no discriminación se aplican en la práctica.

La objetividad puede mantenerse de muchas maneras, por ejemplo exigiendo la divulgación todos los criterios de participación y cualificación de los proveedores, estableciendo normas sobre especificaciones técnicas redactadas con la intención expresa de impedir toda discriminación contra o entre proveedores extranjeros por parte de las entidades contratantes, e imponiendo requisitos con

respecto a las evaluaciones en materia técnica y de precios” (Ver página 11 de la Guía Interpretativa Internacional).

Todos los principios antes mencionados fueron omitidos por los demandados en los 9° expedientes administrativos de la Dirección Provincial de Energía que dan origen a la presente demanda resarcitoria.

Basta para ello mencionar del elenco de déficit y graves irregularidades, con que cada uno de ellos cuenta a riesgo de ser reiterativo, por ejemplo, que:

- No poseen procedimientos de selección previa alguna, ni se da razón de ello.
- Se simula una contratación directa, basada en una sola fuente eligiendo arbitrariamente a un solo proveedor sin ningún tipo de transparencia o competencia como señala la convención internacional supra mencionada pagado ilegítimamente, merced a órdenes de compras extemporáneas y/o inexistentes.
- Obviamente en cuanto al principio de transparencia no existen actos de difusión, invitación y/o adjudicación de las inexistentes contrataciones directas efectuadas.
- Los gastos reflejados en todos los expedientes administrativos, tampoco siguieron los procedimientos que le son propios; cobrando especial relevancia la falta de recepción conforme de los bienes adquiridos.
- Amén de los inexistentes actos administrativos que aprueban el gasto y autorizan los pagos (y una de sus consecuencias: la falta de publicación en el Boletín Oficial), de la carencia de registros presupuestarios, ausencia de devengados y omisión de la intervención de la Auditoría Interna, a los fines del perjuicio fiscal resulta determinante que no se acreditó o validó mediante la intervención de terceros que den conformidad a la recepción de los bienes según lo establecen el punto 5, inciso f) de la Resolución de Contaduría General N.º 12/2013 y en el

Artículo 34, puntos 65, 66, 71, 72, 79, 86, 88, 94 y 96 del Decreto provincial N° 674/2011.

- Tampoco el auditor fiscal actuante en los expedientes administrativos ha podido verificar que los materiales hayan sido requeridos ni recibidos por alguna dependencia de la Dirección Provincial de Energía.

- Ni se ha podido verificar la existencia de Remitos conformados, Notas de Pedido, Orden de recepción de materiales o cualquier otra documentación que acredite fehacientemente la entrega de los materiales.

- Finalmente y sin pretender agotar las graves irregularidades de los expedientes administrativos de la DPE, no se ha podido verificar, la existencia de un Contrato u Orden de Compra con la firma Ingeniería 65 SRL, donde se manifiesten las obligaciones y responsabilidades de las partes intervinientes.

Ahora bien, los principios que deben guiar todas las contrataciones públicas, expuestos en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, que insistimos se encuentran incorporados en el derecho interno argentino a partir del año 2006 con la Ley nacional N° 26.097, también se encuentran presentes en el ámbito provincial.

En rigor de verdad los principios (fundamentalmente “transparencia” y “competencia”) ya han sido explicitados en el ámbito de la Provincia de Tierra del Fuego a partir de la sanción de nuestra Constitución Provincial (año 1991).

En efecto, como se dijo nuestra Carta Magna provincial en su artículo 74 específicamente prevé: *“Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante el procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”*.

De la cláusula constitucional antes transcrita surgen claramente dos de los principios destacados en la Convención Internacional citada al inicio de este acápite: el principio de “Transparencia” cuando hace alusión a “una previa, amplia y documentada difusión” y, en lo referente al principio de “competencia”, al remarcar que *“Las contrataciones del Estado Provincial se efectuaran según sus leyes específicas en la materia, ‘mediante el procedimiento de selección’.*

Aquí hacemos un alto para señalar el criterio jurisprudencial sentado por nuestro Superior Tribunal de Justicia (art. 37 de la Ley 110) respecto de la mencionada cláusula constitucional y los principios que de ella emergen expresando que:

“Cabe señalar en primer término, que si bien la doctrina tradicional del derecho administrativo y la jurisprudencia, sostenían que el principio general en materia de contrataciones del Estado era la “libre elección del contratista”, esta posición (hoy morigerada, conforme lo explicaremos más adelante), es incompatible con nuestro sistema normativo constitucional local, que privilegió la existencia de un “sistema de selección”, que por naturaleza y definición se opone a aquél.

En efecto, nuestra Carta Magna provincial dispone en su artículo 74º que: *“Las contrataciones del Estado Provincial o de los municipios se efectuarán según sus leyes u ordenanzas específicas en la materia, mediante un procedimiento de selección y una previa, amplia y documentada difusión”.*

Destacamos del texto constitucional copiado -por su importancia para la resolución del caso-, la palabra “selección”. Para la Real Academia Española la primera acepción de ese vocablo es: “Acción y efecto de elegir a una o varias personas o cosas entre otras, separándolas de ellas y prefiriéndolas” (Diccionario de la Lengua Española – Vigésima segunda, en la página de internet: edición <http://buscon.rae.es/draeI/>).

La definición es clara y no exige mayor esfuerzo en su interpretación. El vocablo 'selección' indica 'pluralidad' (cualidad de ser más de uno). Por consiguiente, cabe concluir, sin hesitación alguna, que el constituyente fueguino al legislar sobre cómo debían ser las contrataciones del Estado Provincial, impuso como regla que ellas se realicen a través de un procedimiento de 'selección', mediante el cual se elija a una o varias personas o cosas entre 'otras'.

En otras palabras, no puede concebirse que una "selección" se realice sobre una 'individualidad', trátase de personas (físicas o jurídicas) o cosas.

Es que si bien nuestra Carta Magna Provincial no estableció obligatoriamente un sistema determinado para la contratación pública, sino que dejó ello librado a las distintas normas que se dicten al respecto, si se ocupó en cambio de enfatizar la necesidad de que exista un procedimiento de selección (en cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades, concurrencia y transparencia, correlativos a los existentes en materia de Licitación Pública), y una amplia, previa y documentada difusión, posibilitando la participación ciudadana, en cumplimiento del principio de publicidad (que tiene su génesis en el art. 8° de nuestra Ley fundamental provincial, y es además coincidente con los que dirigen la Licitación Pública).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que la difusión calificada a la que hace referencia el texto constitucional, no puede analizarse en forma aislada del art. 8° de la Carta Fundamental citado, que establece, bajo pena de nulidad, que todos los actos de Gobierno deben ser publicados, "...especialmente aquellos relacionados con la percepción e inversión de fondos públicos y toda enajenación o afectación de bienes pertenecientes al Estado provincial o a las municipalidades".

Este condicionamiento de publicidad no es menor. En efecto, se ha sostenido respecto de este principio que es de raíz constitucional "porque la publicidad de los actos de los funcionarios públicos es una de las características de

la forma republicana de gobierno, adoptada por el art. 1º de la ley fundamental” (Julio Rodolfo Comadira, “La licitación pública. Nociones-Principios-Cuestiones”, Ed. LexisNexis, 2006, pág. 107); y que “la importancia de este requisito es obvia. Tanto es así que se ha dicho que la ‘publicidad’ es la garantía de que todo se hará correctamente” (Marienhoff, ob. cit. T. III-A, pág. 202).

La estructura normativa reseñada evidencia que para el constituyente no fue suficiente instaurar el “principio de seleccionabilidad” del contratista del Estado, sino que además exigió que toda contratación que disponga bienes de su pertenencia, se efectúe en un marco de amplia difusión, bajo pena de nulidad, con el firme propósito de garantizar la participación ciudadana y cristalizar el principio de transparencia (obligatorio en las actuaciones del Estado merced a la Convención Americana Contra la Corrupción). (Ver voto del Juez Javier Darío Muchnik, in re: “Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar”, Expediente N° 2.245/09 de la Secretaría de Demandas Originarias, sentencia del 16/12/2009).

También dichos principios generales, junto a otros, se encuentran presentes en el actual Régimen General de Contrataciones y disposiciones comunes para el sector público provincial (Ley provincial 1015).

En efecto el artículo 3, sustancialmente, reza: “Principios Generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones teniendo en cuenta las particularidades de cada una, serán:

a) Razonabilidad: debe existir una vinculación estrecha entre el objeto de la contratación y el interés público comprometido;

b) Concurrencia e igualdad: todo oferente de bienes y servicios tendrá acceso a participar en contrataciones públicas en condiciones semejantes a las de los demás. La existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas queda prohibida, salvo las excepciones que por ley se dispongan;

c) Transparencia: la contratación pública en todas sus etapas se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones, permitiendo la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información en materia de gestión de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad;

... e) Eficiencia y eficacia: los bienes y servicios se deberán contratar de acuerdo a la necesidad definida, en el momento oportuno y al menor costo posible dentro de los parámetros que se requieran en cada oportunidad;

Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que anteceden. Estos principios servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de esta ley; como parámetros para actuación de los funcionarios y las dependencias responsables, y para suplir los vacíos en la presente ley y demás normas reglamentarias (énfasis agregado).

También los demandados vulneraron los principios señalados en la normativa del régimen general de contrataciones del Estado Provincial previstos en la Ley provincial N.º 1015 ya que, por ejemplo, omitieron cumplimentar con el principio de “razonabilidad”, toda vez que nunca hubo una nota de pedido –del área técnica de la DPE- respecto de la necesidad de los materiales que ilegítimamente se pagaron a INGENIERÍA 65 S.R.L.; todo lo cual hace que no exista la vinculación estrecha entre el objeto de la inexistente contratación y el interés público comprometido.

Asimismo, insistimos, que el principio de “Transparencia”, que tan vehementemente es señalado en la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, el que como vimos ya había sido receptado en el artículo 74 de nuestra Constitución Provincial antes de la vigencia de la misma, y finalmente destacado en

el fallo judicial ut supra citado por nuestro Superior Tribunal de Justicia, se encuentra ausente en las actuaciones administrativas que armaron los demandados al no existir publicidad y difusión alguna.

Soslayaron los principios de “*conurrencia e igualdad*” ya que ninguna otra firma más que INGENIERÍA 65 S.R.L. tuvo acceso a participar en la aparente contratación, que inventaron los demandados, creando un privilegio inadmisibles hacia una única empresa que no compitió con ninguna otra y a la cual se pagaron bienes que además no fueron entregados a la D.P.E.

Asimismo, los principios de “*eficiencia y eficacia*” fueron gravemente lesionados, ya que no existe una necesidad definida por parte del área técnica de la DPE de los bienes que se pretendieron contratar a una única empresa privilegiada, eludiendo que compitieran otras del mercado y de esta manera conseguir al menor costo posible los materiales a adquirir.

Todo ello sirve, conforme dice el último párrafo del artículo 3° de la Ley provincial N° 1015, como parámetro para interpretar que existió, sin lugar a duda alguna, una actuación “irregular” de los funcionarios y dependencias “responsables” (entiéndase los demandados) intervinientes en las actuaciones administrativas.

Enlazado con lo anterior, la Ley provincial N° 1015 prevé, como consecuencia de la vulneración y atropello de los principios resaltados en su artículo 3°, la responsabilidad patrimonial de los demandados, concretamente como funcionario -en el caso de LEDESMA- y agentes de planta permanente (en el caso de ARTETA IRIONDO Y VALENCIA) por autorizar, aprobar o gestionar contrataciones, apartándose de lo indicado en la mencionada ley y su normativa reglamentaria.

En efecto, inequívocamente, el artículo 11 de la Ley N° 1015 expresa:
“Responsabilidad. Los agentes de planta permanente y funcionarios que autoricen

aprueben o gestionen contrataciones, apartándose de lo indicado en la presente y sus normativas complementarias, serán pasibles de penalidades que la legislación nacional y local establezca, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial que pueda corresponderle” (el resaltado es propio).

La vulneración de los principios antes mencionados junto a la inobservancia del procedimiento regular de las contrataciones públicas conlleva a la inexistencia de contratación alguna (por el vicio en su forma) y consecuentemente hacen que los pagos realizados por los demandados resulten ilegítimos.

Para comprender ello digamos que la Ley provincial N° 1015 en su artículo 14 prevé como “Regla General” que: “La selección del contratista para la ejecución de los contratos contemplados en este régimen es por regla general mediante licitación pública”.

Como excepción a este principio general “Licitación pública” para seleccionar al contratista del Estado encontramos que la propia normativa prevé la realización de una selección simplificada, conocida como “Contratación Directa” (Artículos 18 a 20).

Ahora bien, para acudir a la mentada contratación directa también deben cumplimentarse con determinados requisitos, que se encuentran expresamente previstos normativamente y que adelantamos no surgen de los anómalos expedientes administrativos de la D.P.E.

Concretamente el mencionado artículo 18 establece: “La contratación directa es un procedimiento de selección simplificado, que sólo será procedente en los casos expresamente previstos a continuación. Dicha medida debe ser debidamente fundada y ponderada por la autoridad competente que la invoca. Podrá contratarse en forma directa con un proveedor seleccionado, de acuerdo a la reglamentación que se dicte al efecto, sólo en los siguientes casos”.

En principio, para excepcionarse de la regla general debe existir “(...) una fundamentación y ponderación de la autoridad competente que la invoca”.

Obviamente esta fundamentación o explicación se encuentra ausente en los expedientes administrativos de la D.P.E.

Tampoco existe el menor rastro, explicación o justificación alguna, en cuál de los incisos del artículo 18 se pretendía encuadrar la inexistente contratación que se realizaría con INGENIERÍA 65 S.R.L.

Obviamente que las explicaciones que pudieran dar ahora los demandados no pueden justificar en manera alguna la “forma en que se pagó” con un único proveedor, omitiéndose los principios apropiados de contratación pública (transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones).

Teniendo en cuenta lo hasta aquí expuesto y siguiendo el criterio sustentado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, las supuestas contrataciones efectuadas por los demandados con INGENIERÍA 65 S.R.L, resultan inexistentes por no haber respetado la forma que específicamente prevé la normativa que regula las contrataciones públicas, concretamente artículo 74 de la Carta Magna provincial y Ley provincial N° 1015 en sus artículos 14 y 18 a 20.

En efecto, en diversas causas, en su competencia originaria y apelada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que la prueba de la existencia de un contrato de la Administración se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado y que cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato dicha forma debe ser respetada, porque se trata de un requisito esencial de su existencia.

Específicamente, la Corte señaló que esta condición que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo concuerda con el principio

general también vigente en el derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no fuesen celebrados en la forma prescrita "*MAS Consultores*" (año 2000 fallos 323:1515), "*Servicios Empresarios Wallabies*" (año 2000 fallos 323:1841), "*Ingeniería Omega*" (año 2000 fallos 323:3924), "*Kao*" (año 2001 fallos 324:3028), "*Magnarelli*" (año 2003 fallos 326:1280); "*Laser Disc Argentina*" (año 2003 fallos 326:3206), "*Indicom*" (año 2004 fallos 327:84), "*Punte*" (año 2006 fallos 329:809), "*Cardiocorp*" (año 2006 fallos 329:5976), "*Siper Aviación*" (año 2008 S.596. XXXIII), "*Sciammarella*" (año 2009 fallos 332:1651) (45), "*CASE*" (año 2009 fallos 333:1922), "*Lix Klett*" (año 2012 fallos 335:1385), "*SEDRONAR*" (año 2014 fallos 337:1346) entre muchos otros.

No desconocemos que existen posturas doctrinales que consideran que la posición de la Corte refleja una mera exigencia procesal y no la aplicación de la teoría del acto inexistente. Sin embargo, dicho pensamiento desatiende aquella doctrina que señala que los procedimientos –en cuanto trámites sustanciales previos- están incluidos dentro de los requisitos de la preparación de la voluntad.

Es así, que el incumplimiento de los procedimientos previos vicia la voluntad y consecuentemente el acto administrativo es inexistente. En cualquier caso, la calificación de inexistencia es una demostración de la gravedad de la irregularidad declarada y muestra que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación no se mantiene pasiva ante contratos celebrados sin cumplir con el procedimiento que exige la ley.

En estos casos, según sostiene la Corte, no hay contrato administrativo porque la voluntad estatal no se constituyó válidamente y no se prueba su existencia como requisito para reclamar el pago del bien o servicio provisto y, por ello, el contrato se califica como inexistente más que inválido o ineficaz.

Como antecedente análogo al presente, encontramos que el Superior Tribunal de Justicia en la causa: “*J. Langer y Cia. S.R.L c/Municipalidad de Rio Grande s/Cobro de Pesos (Ordinario)*” (Expediente N°. 440/01 STJ-SR, sentencia del 28/09/2007), sentenció:

En consecuencia, y a todo evento, he de señalar que tiene dicho la alta Corte Federal en ese fallo:

‘(...) 8º) Que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su

conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia.

‘Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta (conf. arts. 975 y 1191 del Código Civil y causa M.265.XXXIII. cit.)

‘9º) Que, en consecuencia, los agravios de la apelante deben ser acogidos pues no es posible admitir la acción basada en obligaciones que derivarían de un supuesto contrato que, de haber sido celebrado, no lo habría sido con las formas establecidas por el derecho administrativo local para su formación (causa M.265.XXXIII, cit.).’ (Fallos: 323: 3924)’”.

En este marco debe tenerse presente que tal interpretación resulta obligatoria para V.S. toda vez que: *“Los pronunciamientos del Superior Tribunal en cuanto determinen la interpretación y aplicación de las cláusulas constitucionales y de la Ley, constituyen jurisprudencia obligatoria para todos los Tribunales y Jueces”* (artículo 37 de la Ley provincial N° 110).

Téngase en cuenta que este último criterio se reafirmó recientemente cuando se sentenció que:

“Nuestro sistema constitucional previó un régimen Republicano y Federal que proyecta efectos al interior del subsistema judicial, colocando a la Corte Suprema como el máximo interprete de la Constitución y de las leyes que en su consecuencia se dictaren. Por el momento, tal esquema se encuentra en vigor y su funcionalidad es una empresa de todos quienes integramos los Poderes Judiciales del País. Las Cortes Provinciales llamadas a resolver en última instancia los casos locales, ostentan en dicho esquema un vital y esencial rol que contribuye a caracterizar la pertenencia del estado provincial como parte

integrante de una Nación soberana. Y así y como esas Cortes pretenden uniformar criterios interpretativos al interior de sus respectivos poderes judiciales, con el claro objetivo de consolidar el principio de seguridad jurídica y evitar una litigiosidad meramente declamativa, onerosa y desgastante para el ciudadano, tratándose de aquellas materias que la Constitución Nacional puso en cabeza de la Corte Suprema, conforme a las respectivas leyes que instrumentaron tal posibilidad, su eficacia nomofiláctica, no puede ser perturbada, en el ámbito jurisdiccional, por interpretaciones contrarias que solo contribuyan a engrosar la estadística de casos a resolver, con suerte y final predestinado de antemano y sin mucho esfuerzo intelectual. La común empresa que esto supone, permite fortalecer a los poderes judiciales provinciales, en el esfuerzo compartido de superar abstractas antinomias que en algún aspecto pudo contribuir con la hipertrofia de casos que ingresan a la Corte Federal. La correcta resolución de los asuntos judiciales por parte de las Cortes Provinciales, en aquellos asuntos de innegable cariz constitucional o convencional, pasibles de generar 'casos federales', debe poder mostrar la excelencia jurídica en su abordaje, relevando la manera correcta en que, con anterioridad lo hizo el Supremo intérprete que nuestro sistema constitucional previó para ello. Es cierto que esto no basta para evitar tal intervención, empero, la confirmación del criterio sin duda contribuirá a ir perfeccionando la anhelada certeza jurídica que todo conflicto judicial busca asegurar.

En el ámbito provincial una ley local enmarcó los efectos de los fallos de este Superior Tribunal de Justicia y su constitucionalidad fue aceptada en un 'viejo' precedente dictado en mi anterior rol de juez de la Cámara de Apelaciones de la Provincia con este alcance: '...Es que debe aceptarse que la télesis del mentado artículo 37, al colocar a los fallos del Superior Tribunal de Justicia como jurisprudencia obligatoria para los Tribunales inferiores, en la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales o de la ley, importa el reconocimiento de una función esencial (...) en lo atinente a la unificación de criterios

jurisprudenciales y la interpretación uniforme de las normas jurídicas, proporcionando un mínimo de certeza en el derecho, necesario para contribuir con la sensación de seguridad jurídica.’... ‘Asimismo el respeto por los precedentes del Superior Tribunal de Justicia, que se impone por el mentado artículo 37, permite la adecuación a los principios de economía y celeridad procesal, previstos en el artículo 16 de la ley 110, en tanto que se tiende a evitar el desgaste jurisdiccional que significaría resolver una cuestión, en contra de lo decidido por el alto Tribunal, para que arribado el asunto a su conocimiento, éste deba reiterar su interpretación.”

‘Y ello no importa una visión estática de la evolución que el Superior Tribunal pueda efectuar, del análisis jurisprudencial que corresponda, sobre el alcance de determinada manifestación normativa, ya que siempre la opinión contraria, dejada a salvo por cada magistrado, podrá alimentar la expectativa de aquella parte del proceso penal, que ostente un legítimo derecho a replantear el tema. Se trata, en consecuencia de que no sea el magistrado inferior el que derechamente desoiga el criterio del Superior Tribunal, motivando su intervención, sino de que la parte acusadora o la defensa plantee la cuestión ante dicho Tribunal, por propia iniciativa del interés que pretenda tutelar.”

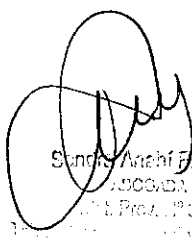
‘Claro está que la jurisprudencia obligatoria, sólo ‘obliga’ en aquello que expresamente o aún implícitamente fijó y no sobre lo que nada se dijo, por lo que resultará válida aquella interpretación que aborde el análisis de determinada ley, con pautas o criterios no utilizados por el Superior Tribunal, pero sin invadir lo que expresa o implícitamente ya se resolvió. Lo contrario, es decir, una ‘reinterpretación’ de aquella materia analizada por el alto Tribunal de la Provincia, no resultará válida, a menos que se proceda, previamente, a la deslegitimación interna del artículo 37 de la ley 110, mediante la declaración de su inconstitucionalidad.’ ‘...el sentido del artículo 37 de la ley 110 se inserta en los fines de unificación y certidumbre en la interpretación de cláusulas

constitucionales o legales. Ello en manos del Superior Tribunal de Justicia es, a mi criterio adecuado, en tanto resulta ser el último intérprete de la ley y la Constitución, previsto por la Constitución Provincial dentro de la estructura del Poder Judicial de la Provincia (...)

Sigo manteniendo los principios que inspiraron aquella interpretación, que asimilo a la argumentación arriba efectuada y en su consecuencia, no me resulta factible modificar el criterio que sostengo hacia el interior del Poder Judicial Provincial de modo distinto que el valorado con relación a los fallos de la Corte Federal, aún cuando no exista norma legal que obligue a seguir el precedente, en tanto la propia estructura constitucional indicada, recomienda, por los principios que gobiernan el esquema de funcionamiento del subsistema judicial, el respeto por los precedentes que invariablemente y con el mismo sentido fueron resolviendo lo atinente a la materia aquí considerada. Así, en mi criterio, el objetivo fijado en el preámbulo de la Constitución Nacional, de afianzar la justicia, se robustece (“Estremar S.A. c/ AREF s/ Contencioso Administrativo”- Expte. N° 3521/17, Secretaria de demandadas originarias – Superior Tribunal de Justicia.)

También el criterio que surge de dicho precedente judicial fue seguido por la Sala Civil, Comercial y del Trabajo de la Cámara de Apelaciones de la provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, en autos caratulados “VAZQUEZ, RAUL R. C/GOBIERNO DE LA PROVINCIA S/COBRO DE PESOS” que tramitara ante la Alzada bajo el Nro. 5023/08, sentencia del 9 de septiembre de 2011.

Dicho sea de paso que, aún en el remoto e hipotético caso en que se considerase que hubo un procedimiento previo, resultaría que también se apartaron de la normativa aplicable. En el Decreto provincial N° 3487/2017, reglamentario del artículo 21 de la Ley provincial N° 1015, se establece cuál es el procedimiento de selección aplicable según el monto y determina cuáles son las autoridades que


Sandra Anahí Favalli
Jefe de Sala
Sala Civil, Comercial y del Trabajo
Cámara de Apelaciones
Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

intervienen en cada etapa del proceso, de tal modo de cumplir con los controles cruzados y contraposición de intereses.

Por aplicación de dicha reglamentación, los demandados deberían acreditar que se cumplieron los procedimientos propios de la Licitación Pública en los expedientes N° 714/2019 y N° 740/2019; los de la Licitación Privada los expedientes N° 712/2019, N° 713/2019, N° 722/2019, N° 741/2019; y los de la Contratación Directa en los expedientes N° 711/2019, N° 724/2019 y N° 742/2019 (incluida la Resolución N° 40/2019 de la Secretaría de Contrataciones que establece como requisitos previos la solicitud de tres cotizaciones como mínimo). Sin embargo, nada de eso se manifiesta en los expedientes de pago acompañados.

**B) Incumplimiento del principio de legalidad presupuestaria.
Incumplimiento de los procedimientos previos al pago.**

Como ya hemos señalado en los apartados anteriores, no es posible la adquisición de bienes o servicios incumpliendo los procedimientos previos previstos en la constitución y en las leyes, sino bajo la pena de considerar antijurídica la conducta de los funcionarios y de sancionar al contrato como inexistente.

Esta es la doctrina judicial adoptada a partir de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los precedentes mencionados de “MAS Consultores”, “Servicios Empresarios Wallabies”, “Ingeniería Omega”, “Carl Chung Ching Kao” por el Superior Tribunal de Justicia en la causa “J. Langer y Cía. S.R.L. c/ Municipalidad de Río Grande s/ cobro de pesos (ordinario)” (Expediente N° 440/2001, sentencia del 28 de septiembre del año 2007).

Toda vez que esta interpretación jurídica fue reiterada en “Fiscalía de Estado de la Provincia c/ Poder Ejecutivo Provincial s/ Medida Cautelar” (Expediente N° 2.245/09 STJ-SDO, sentencia del 16 de diciembre de 2009), y en “Sanatorio San Jorge S.R.L. c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo” (Expediente N° 1.795/05 de la STJ-SDO, sentencia del 11 de mayo de 2011), se ha confirmado

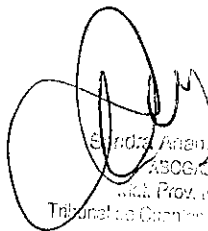
como jurisprudencia obligatoria a los juzgados y tribunales inferiores, según ordena el artículo 37 de la Ley provincial N.º 110.

Por cierto, que la obligación de los funcionarios de cumplir con los procedimientos previos en las contrataciones y pagos estatales incluye la legalidad presupuestaria, toda vez que siempre que se dispongan fondos públicos está comprometida la Constitución Provincial (artículos 67 y 105, inciso 16).

La consecuencia jurídica más general de la habilitación presupuestaria otorgada por la Legislatura provincial a la D.P.E. es la rendición de la cuenta de inversión del ejercicio vencido. Pero también tiene consecuencias particulares en cada acto de ejecución presupuestaria: es el control que debe ejercerse previo a realizar cada pago y que consiste en que un tercero ajeno al procedimiento de compra confirme que lo presupuestado fue lo adjudicado y es lo mismo que ha sido entregado (art. 168 de la Constitución Provincial).

En sede judicial se ha considerado que: *“es requisito sine qua non para proceder al pago respectivo, en casos como el presente, la conformidad definitiva otorgada por la Administración, sea en forma expresa o tácita (en igual sentido, esta Sala in re ‘Sociedad del Estado-Casa de la Moneda c/GCBA s/cobro de pesos’, EXP. 264, sentencia del 24/03/2003) y la entrega de las correspondientes facturas.*

No puede desdeñarse la importancia de estas disposiciones, pues canalizan dos actuaciones del Estado que confluyen en el instituto del pago. Por un lado, se trata de un mecanismo que permite verificar las condiciones para el debido cumplimiento por parte del Estado de una obligación (doble control: a. del cumplimiento efectivo de la prestación por parte del contratante, y b. de las facturas presentadas) y, por otro, se está ante un procedimiento de ejecución presupuestaria, que concluye en una disposición concreta de la renta pública a través de un gasto (que debe tener un necesario respaldo legal).


Sandra Favalli
ASCECBA
Ley Prov. N.º 685
Tribunal de Contabilidad Provincial

El pago que entonces hace la autoridad administrativa es tanto el cumplimiento de una obligación contractual, como la ejecución presupuestaria de un gasto público” (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, en la causa “Janz S.R.L. c. G.C.B.A. s/ cobro de pesos”, 30 de octubre 2012, AR/JUR/67233/2012).

El principio de legalidad presupuestaria ha sido receptado por la Corte Suprema de Justicia que ha sentenciado: “(...) cabe apuntar que la condena a restituir en especie los insumos ya consumidos significaría que la comuna debería convocar a una nueva licitación pública con el único objeto de adquirirlos de un tercero para restituírselos al actor, pues el principio de legalidad presupuestaria le impide proceder de otra manera; vale decir, adquirirlos directamente para entregárselos” (“Cardiocorp S.R.L. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, Fallos: 329:5976, Considerando 4º).

Definitivamente, es indispensable reiterar que las adquisiciones de la D.P.E. tanto en el modo de entrega y recepción definitiva de los bienes como su vinculación con el pago se encontraban reglados por el Decreto 674/2011, puntos 71, 72, 79, 86, 88, 94 y 96, y en la Resolución de Contaduría General N° 12/2013, punto 5, inciso f) e i) apartado III, conforme se ha señalado ya en el escrito de inicio.

Solo hemos de reforzar aquí que “las facturas correspondientes, acompañadas de los remitos pertinentes, en los casos que estos últimos resulten indispensables por la modalidad de entrega de bienes adoptada en cada caso y en todo de acuerdo con la Resolución AFIP N.º 1415/13” (Resolución de Contaduría General N.º 12/2013, punto 5.f) son el único documento para el trámite de pago, deben llevar los sellos de ingreso a la repartición y las aclaraciones de la firma y cargo de cada uno de los funcionarios intervinientes (Jefe de Depósito, Director General de Administración Financiera, etc.) y forman parte del elemento causa del acto administrativo que aprueba el gasto y autoriza el pago.

En cuanto al plazo para el pago, el decreto reglamentario prevé que tiene que efectuarse dentro del plazo de treinta 30 días contados a partir *"del día siguiente al que se produzca la conformidad definitiva de acuerdo a lo estipulado en el punto 96 del artículo 34"*.

Así, puede observarse, que el principio de legalidad presupuestaria también es una de las obligaciones evadidas por los ex-funcionarios de la D.P.E. demandados y que como consecuencia del artículo 45 de la Ley provincial N.º 50 son responsables del total de lo pagado sin imputación presupuestaria previa.

Como cierre de este apartado, solo hemos de señalar que lo dicho hasta aquí también se receiptó en el derecho común al establecer que la violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado. Para hacer ello efectivo debe considerarse que cualquier acción u omisión que causa daño a otro es antijurídica si no está justificada y que, como en el caso de los funcionarios demandados, cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente (artículo 1.716 y subsiguientes del Código Civil y Comercial)

c) FACTOR DE IMPUTACIÓN

Con lo que se ha tratado hasta aquí queda claro y no es necesario transcribir nuevamente, que las normas provinciales imponen a quienes administran las arcas estatales cuatro obligaciones básicas: 1) someterse a la Constitución y obedecer las leyes; 2) cumplir su labor sin dañar el erario; 3) rendir cuentas de su accionar; y 4) responder por el perjuicio que provoquen al erario provincial.

De este modo, el Legislador provincial estableció los criterios normativos de imputación y armonizó el principio de legalidad con la indemnidad

del patrimonio provincial y con el deber de reparar la lesión patrimonial de los estipendiarios.

A partir de este sistema de responsabilidad de los estipendiarios, resulta que una vez consumados manera irregular las compras o los pagos, el funcionario que lo haga o autorice tiene la carga de probar que no hubo perjuicio para el erario. Otro tanto se prevé para quien autorice gastos sin haber hecho previamente la imputación presupuestaria.

En este sentido, la Corte Címera provincial ha dicho que:

“ (...) el cumplimiento irregular de las obligaciones en el ejercicio de una función pública 'hace presumir una actuación culposa o dolosa por parte del funcionario, salvo prueba en contrario. Debe existir, para que aparezca responsabilidad en el funcionario, el elemento subjetivo, dolo o culpa, determinantes del daño causado.

Estimamos que la culpa más leve o el mínimo descuido que produzca un daño son causales para que nazca responsabilidad en el funcionario, ya que se parte del supuesto de que el solo hecho de aceptar una función implica la obligación de desempeñarla honesta e inteligentemente y que el funcionario goza de la idoneidad que ella requiere. De esta forma, si con motivo de su falta de idoneidad, de su escasa preparación para el cargo o de su descuido o torpeza causa un perjuicio, nace para él la obligación de reparar. Hay que admitir, pues, que toda falta, incluso la más leve, será generadora de culpa. Ya la 'Ley Aquilia' disponía la célebre regla In lege aquilia culpa levissima venit, lo que parece adecuarse perfectamente a quienes tienen confiados intereses públicos' (Tinti, Guillermo P., 'Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Disciplinaria y Patrimonial del Agente Público', art. publ. en E.D. 154-825).

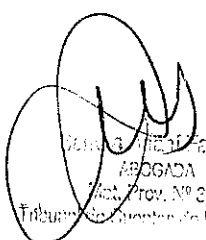
La cita precedente releva de mayores comentarios por su precisión y directa aplicación en la especie. Como se ve, la presunción de responsabilidad por parte del agente público, que se genera ante actos o hechos en los cuales se vislumbra que se ha actuado con falta de idoneidad, descuido, torpeza o culpa (aunque sea leve), impone a quien los realizó la carga de probar lo contrario; a diferencia de las presunciones y principios que rigen en el derecho penal, que no son de aplicación en el caso en estudio, porque no se le achaca en estas actuaciones ese tipo de responsabilidad a la conducta por él desplegada". (Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Expediente N° 1191/2000, caratulado "ROSSI, Horacio Emilio c/Tribunal de Cuentas s/Contencioso Administrativo", sentencia del 2 de septiembre de 2002).

Por su parte, es menester señalar que los factores subjetivos de atribución previstos en la Ley provincial N° 50 son la culpa, el dolo y la negligencia. Ahora bien, en el marco de la acción resarcitoria que se ejercita, hay que aplicar el artículo 1.724 del Código Civil y Comercial, en el que se considera la negligencia como una subcategoría de la culpa y define:

"La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión (...)"

En el caso que nos convoca, los demandados omitieron los cuidados debidos de quien administra la cosa pública, no cumplieron los estándares mínimos exigibles (la actividad reglada) y realizaron pagos sin verificar si se habían entregado las prestaciones por parte de la firma INGENIERÍA 65 S.R.L.

La consecuencia de dicha negligencia es que se les puede imputar la lesión que su falta de cuidado le produjo al patrimonio provincial.


Carlos María Travelli
ABOGADO
Lic. Prov. N° 235
Tribunal de Cuentas de la Provincia

D) AUTORÍA

Desde la perspectiva que venimos exponiendo, los hechos dañosos le son imputables a Carolina ARTETA y a Patricia VALENCIA por ser las funcionarios públicos que autorizaron o que realizaron las transferencias o libraron cheques contraviniendo las normas de contrataciones, presupuestarias, de control y de pago.

Por otro lado, además de la conformidad expresa que surgiría de las firmas al dorso de las facturas, ninguno de los hechos podría haberse realizado sin la instrucción, autorización o consentimiento de Alejandro LEDESMA, quien detentaba el cargo de presidente de la Dirección Provincial de Energía.

e) NEXO CAUSAL:

Se tiene por cierto que “El nexo causal es el elemento que vincula el daño directamente con el hecho e indirectamente con el factor de imputabilidad subjetiva o de atribución objetiva del daño (...) Es el elemento objetivo porque se refiere a un vínculo externo entre el daño y el hecho de la persona o de la cosa. La existencia de una relación causa-efecto entre el hecho y el daño es una condición indispensable para atribuir el deber de resarcir ese daño a quien lo generó (el Estado o el agente, según el caso). El reconocimiento de responsabilidad exige la demostración del vínculo causal entre la conducta que se pretende responsable y el daño efectivo (...)”(IVANEGA, Mirian M., “Mecanismos de control público y argumentaciones de responsabilidad”, Ed. Ábaco, pág. 268/270).

Los elementos objetivos que vinculan al ex presidente de la D.P.E. Alejandro LEDESMA con el daño sufrido por el patrimonio estatal están acreditados a fojas 2 vuelta del Expediente N.º 712/2019; 1 vuelta del Expediente N.º 714/2019, a fojas 3 vta. en el Expediente N.º 722/2019; a fojas 1 vuelta del Expediente N.º 740/2019 y a fojas 2 vuelta del Expediente N.º 741/2019.

En cuanto a Carolina ARTETA -Jefa de la Sección Tesorería- su vínculo con el daño sufrido por el erario está acreditado a fojas 1 y 5 del Expediente N.º 712/2019; a fojas 1 y 5 del Expediente N.º 724/2019; a fojas 1, 2 y 5 del Expediente N.º 722/2019, a fojas 3 y 4 en el Expediente N.º 740/2019, a fojas 4 del Expediente N.º 741/2019, a fojas 1/3 del Expediente N.º 742/2019.

Por su parte la agente Patricia VALENCIA -Jefe a cargo del Departamento Administrativo Contable- intervino en los pagos gestionados a fojas 1 y 5 del Expediente N.º 712/2019; a fojas 3/5 del Expediente N.º 714/2019; a fojas 1/2 y 5 del Expediente N.º 722/2019; a fojas 3 y 4 en el Expediente N.º 740/2019, a fojas 1, 4 del Expediente N.º 741/2019; y a fojas 1/3 del Expediente N.º 742/2019 -.

Sin perjuicio de las especificación y descripción de las firmas ológrafas descriptas y la responsabilidad que ello conllevaría y aquí se reclama, asimismo el señor LEDESMA como máximo funcionario responsable de la repartición, debió velar conforme a la Ley territorial N.º 117 por:

ARTICULO 3.- La Dirección Provincial de Energía cumplirá las siguientes funciones:

(...) f) llevar un inventario general de todos sus bienes y los del Territorio afectados al servicio público de electricidad

ARTICULO 4.- La Dirección Provincial de Energía tendrá las siguientes facultades:

(...) c) dictar las normas internas para el mejor cumplimiento de sus funciones; (...) f) contratar obras y servicios de electrificación ya sea por sí o como mandataria de organismos nacionales, territoriales o municipales; (...) i) celebrar toda clase de convenios que sean necesarios convenientes para el mejor cumplimiento de las funciones y ejercicio de las facultades asignadas por esta Ley y las que se le asignen por otros instrumentos legales; (...)

ARTICULO 11.- Son atribuciones y deberes del Presidente: a) Cumplir y hacer cumplir la presente Ley y elevar a consideración del Poder Ejecutivo Territorial las normas que la reglamenten; b) formular y ejecutar el Presupuesto Anual de la Dirección que fija la presente Ley; (...) e) ejecutar todos los actos necesarios para el cumplimiento de las funciones y ejercicio de las facultades que por la presente Ley se le fijan a la Dirección, incluyéndose las facultades de adquirir derechos y contraer obligaciones; celebrar toda clase de convenios y contrato(...).

En consecuencia, este deberá responder igualmente en aquellos casos que no se encuentre su rubrica por la omisión de control y falta de diligencia en la ejecución de los recursos de la D.P.E. que se encontraban a su cargo y que no podría desconocer, tanto por su posición institucional, como por los deberes que ello conlleva, conforme a las constancias agregadas a los expedientes.

III. HACE PRESENTE EN FORMA SUBSIDIARIA. Carencia de título jurídico para abonar la ganancia empresarial.

Es importante señalar, para el hipotético caso que la demandada alegue como parte de su estrategia defensiva que debió incurrir en los pagos -que se han advertido fuera de procedimiento- con el fin de evitar un enriquecimiento sin causa del Ente de energía eléctrica provincial y, por otro lado, logre acreditar la buena fe del contratista, la efectiva percepción de las prestaciones y su utilidad para el estado, inclusive allí el pago eventualmente efectuado por los ahora accionados que se persigue, no hubiera sido procedente en la extensión en que fue llevado adelante y aún tendría derecho este Tribunal de perseguir aquella parte del pago que deviene en antijurídica por directa aplicación de las nociones esbozadas en el presente acápite.

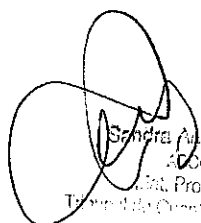
Así, caber tener presente para estos actuados y en ese hipotético eventual, que la figura del enriquecimiento sin causa tiene su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede en principio enriquecerse injustamente o sin causa legal a costa de otro.

Ahora bien, tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Procuración del Tesoro de la Nación entienden que existen presupuestos de procedibilidad para ejercer la denominada acción “*in re verso*”, o “*acción de restitución*”, que tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido, con lo cual no podría haberse seguido el pago en las condiciones que aquí fueron expuestos, sino que deberían haberse respetado los siguientes requisitos, a saber:

“(...) 2.1. Enriquecimiento del demandado: comprende toda ventaja, patrimonial o no, susceptible de apreciación pecuniaria. En estos casos, el demandado será un ente de la Administración nacional, que haya utilizado o pueda utilizar la obra o prestación efectuada por el particular.

2.2. Empobrecimiento del actor: motivado precisamente por la falta de contraprestación. El actor debe probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento propio. Por ello, si la cosa o valor que representan el enriquecimiento no pertenecen al actor, la acción in rem verso resulta improcedente por no mediar empobrecimiento.

El empobrecimiento del actor implica el menoscabo o detrimento efectivo que sufre el patrimonio del accionante, sin que medie por parte de éste intención de donar. Este empobrecimiento se juzga con gran amplitud, ya que no sólo se limita a


Sandra Agustín Pavelli
ABOGADA
Mat. Prov. Nº 335
Trabaja en la Cámara de lo Civil y Comercial

la pérdida de una cosa - propiedad o goce-, sino que también comprende la falta de pago por una prestación cumplida o un servicio realizado.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo reiteradamente que cuando a una situación pueda resultarle aplicables los principios de enriquecimiento sin causa, el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor.

2.3. Relación causal entre ambos: esto es, correlación entre el enriquecimiento y el empobrecimiento. Así, si el empobrecimiento no es debido al enriquecimiento, sino que el perjuicio o pérdida es el resultado de otras causas, la acción in re verso no es procedente. De igual manera, el enriquecimiento del demandado debe ser a costa del reclamante o producir el desplazamiento patrimonial, es decir, implica toda invasión a la esfera jurídica del actor empobrecido.

2.4. Ausencia de causa justificante: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que no tiene que haber relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición.

2.5. Subsidiariedad de la acción: esto es carencia de otra acción útil -nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio” (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 460, Página 49/98, Texto: “El pago del

legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional”, Barbara FERNANDEZ VILLA, Página 65/66).

Es importante traerlo a colación, en la medida que inclusive si de la estrategia defensiva se sugiriera la existencia de las prestaciones y se lograra acreditar su entrega en estas actuaciones, por la aplicación de esta teoría y después de cumplimentar todos los recaudos transcriptos, la medida del pago hubiera sido únicamente el empobrecimiento de INGENIERIA 65 S.R.L. y no la totalidad del monto de las facturas presentadas por ésta, es decir, bajo ningún aspecto incluye la ganancia empresarial.

Sobre el particular, la Doctrina tiene dicho que: *“En general, cuando la doctrina se refiere al enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado recuerda que también se exige en ocasiones la concurrencia de un elemento subjetivo: ‘la buena fe del empobrecido’, es decir, que no haya mediado dolo o culpa de parte de aquél, aunque actualmente en el derecho privado prevalece la tendencia objetiva, que hace caso omiso de la verificación de aquella circunstancia.*

En esta materia de las contrataciones públicas, el tema giraría por evaluar en cada supuesto si la persona que se ha ‘empobrecido’ por una supuesta prestación que ha efectuado al Estado puede verosímelmente invocar buena fe si, por ejemplo, se han omitido los procedimientos reglados de selección del contratista.

La exigencia de buena fe del particular se acentúa en el caso de los contratistas o potenciales contratistas del Estado, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, aquéllos poseen un deber de diligencia calificado y por ello no parece que, en el marco de esa exigencia, se les pueda disculpar la

ignorancia de la inexistencia de contrato -sea porque ninguna convención ha sido perfeccionada o porque, aun de existir ésta, se configura la omisión de formas esenciales para el perfeccionamiento del vínculo con el Estado-, en especial porque las formalidades con que deben celebrarse los contratos administrativos se hallan dirigidas a la protección del interés público y la legalidad del gasto.

(...) Así, el principio del enriquecimiento sin causa -y su consecuente actio in rem verso para obtener la repetición de todo enriquecimiento injusto-, que reposa en consideraciones de moral y equidad, no puede ser invocado por quien se ha empobrecido por dolo o culpa, pues se trata de una maniobra desleal, deshonesta y contraria a las buenas costumbres.

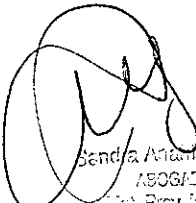
Canda sostiene que si la posición de la Corte en punto a desconocer la existencia de contrato alguno y de derechos emanados de éstos cuando no se han respetado los procedimientos previos viene informada de un afán de exigencia ética y de transparencia en la relación contractual, resultaría incongruente que en lo que se veda por vía de negación del contrato se reconozca luego mediante el instituto del enriquecimiento sin causa, a menos que el cocontratante acredite su buena fe y desconocimiento de los trámites o procedimientos omitidos, y por ello estima coherente la posición asumida por la Corte en el caso 'Ingeniería Omega' respecto de no aplicar oficiosamente y por imperio del principio iura novit curia el instituto del enriquecimiento sin causa, cuando el actor no lo hubiere invocado en su acción. Considera razonable el requisito de la ausencia de mala fe o culpa en el empobrecido pero estima que la presunción de conocimiento del vicio debe ser sólo iuris tantum y refutable por prueba en contrario, pues no es dable predicar una ecuación necesaria entre la condición de contratista y la de especialista en el conocimiento de los trámites y procedimientos estatales, dependiendo ello de factores diversos que deberán ser sopesados en cada caso por los tribunales.

(...) En mi opinión, considero que resulta muy difícil que el reclamante de una prestación pueda demostrar en el caso particular que ha obrado de buena fe, más considerando el deber de diligencia calificado que se les exige a los contratistas del Estado, los que deberían demostrar que 'desconocen la normativa aplicable a las contrataciones del Estado'.

Estimo que en la mayoría de los casos no será posible tal demostración y con ello no se le abonaría suma alguna por los trabajos o bienes entregados, enriqueciéndose la Administración a costa del patrimonio de otro.

Por lo tanto, entiendo que no debería requerirse el elemento subjetivo como requisito para la procedencia de la acción del enriquecimiento sin causa, ya que con pagar sólo lo que resulte de dicha acción -empobrecimiento que no debe contener la 'ganancia estimada por el proveedor'- basta para desalentar este tipo de prácticas que atentan contra todos los principios que deben regir las contrataciones públicas, de manera de salvaguardar también la justicia y equidad que deben regir en toda actuación estatal" (El resaltado me pertenece) (Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, N° 460, Página 49/98, Texto: "El pago del legítimo abono en las contrataciones de bienes y servicios de la Administración pública nacional", Barbara FERNANDEZ VILLA, Página 66/68).

Entonces, conforme se observa, al no existir procedimiento de contratación alguno en los expedientes adunados, debió el presidente de la DPE en forma conjunta con el resto de los ahora demandados -en el hipotético caso de existir las prestaciones y que ello sea probado en las presentes-, instar y cumplimentar los requisitos aquí consignados y abonar en caso de encontrarse cumplimentados, únicamente el costo de la prestación y no la utilidad o ganancia empresarial.


Sandra Ariadna Favelli
ABOGADA
Mat. Prov. N° 635
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Por otro lado, tal como se desprende de la presente demanda y la documental que se acompaña, no existiría en principio por parte de la firma INGENIERIA 65 SRL buena fe en su accionar, dado que habría recibido los pagos sin haber entregado los bienes por los cuales habría facturado y en caso de que se alegue y pruebe la entrega de la prestación, al ser un proveedor asiduo del Ente Energético y conocer perfectamente el marco normativo de las contrataciones estatales por haber participado en varias licitaciones públicas conforme se prueba con la documental instrumental acompañada, no podríamos hablar de buena fe en el marco de esta supuesta contratación.

Sin embargo, inclusive si se probara la buena fe de la empresa contratista, la percepción de las prestaciones y todos los recaudos necesarios para hacer procedente esta doctrina sobre los pagos efectuados, hubiera correspondido abonar únicamente la medida del empobrecimiento de la empresa, lo que bajo ningún concepto incluye la ganancia empresaria como se dijo, siendo en consecuencia responsables personalmente por esa eventual diferencia abonada en más.

Por ello, en caso de que los demandados en su estrategia defensiva aleguen la existencia de las prestaciones e intenten probar su efectiva recepción, además de probar la buena fe de la empresa y, en definitiva, la utilidad de las prestaciones para el estado, se entiende necesario ofrecer prueba pericial subsidiaria para que se determine cual sería la ganancia o margen empresario de Ingeniería 65 SRL -sobre las facturas presentadas-, que eventualmente existiría en las operatorias que presuntamente darían cuenta los expedientes agregados a autos (Expedientes de la Dirección Provincial de Energía N.º 711/2019; N.º 712/2019; N.º 713/2019; N.º 714/2019; N.º 722/2019; N.º 724/2019; N.º 740/2019; N.º 741/2019; y N.º 742/2019) y reclamados en el objeto de la demanda.

En caso de no poder determinar con un grado de exactitud la ganancia particular incluida en las facturas existentes en los expedientes incluidos en el

objeto de la demanda, estime cual hubiera sido la ganancia promedio que la empresa le carga a todas las facturas de venta.

En caso de que lo anterior no sea posible, determine cual es la ganancia promedio para esta clase de empresas en la venta de bienes de la tipología descripta en los expedientes reseñados dos párrafos mas arriba, al tiempo que fueron realizadas y abonadas.

Por último, si ello no fuera posible, indique cual sería la ganancia mínima promedio que debe tener una empresa del rubro para lograr su continuidad como unidad empresaria.

Entonces, esa diferencia o ganancia empresaria que se abonó en más al pagar las facturas en forma completa por parte de los ahora accionados en los expedientes acompañados, que carece de título jurídico valido que justifique su salida de las arcas estatales, los hace pasibles de responsabilidad patrimonial, en caso de que se alegue y pruebe la efectiva prestación y entrega de los bienes.

A estos fines, se hace extensivo a este reclamo subsidiario, los mismos elementos característicos de la responsabilidad patrimonial elaborados líneas arriba respecto de la responsabilidad de los ahora demandados, con la única disquisición realizada en este acápite respecto del monto y del título jurídico que la hace procedente.

IV. CITACIÓN DE TERCERO.

I. Conforme a las circunstancias narradas en este escrito, en las que ha quedado claro que los estipendiarios demandados ocasionaron un perjuicio al erario público mientras cumplían funciones en la Dirección Provincial de Energía (D.P.E.), luce evidente que el recupero que se haga de las sumas comprometidas, favorecería los intereses de la institución que se ha visto perjudicada, atento a que el recupero eventualmente ira a parar a las arcas de la Dirección Provincial de Energía.

Ese simple interés que se extiende a la Dirección Provincia de Energía (D.P.E.), amerita que sea traído a estas actuaciones en los términos del artículo 100.1 del C.P.C.C.L.R.yM., lo que desde ya así se solicita.

En este sentido, nuestro Superior Tribunal de Justicia se ha expresado al respecto alegando que: *“En forma coincidente con el autor citado, Tarigo sostiene que la intervención adhesiva o coadyuvante simple (se verifica cuando un tercero, en razón de tener un interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias, participa en el proceso con la finalidad de adherir o coadyuvar al éxito de la pretensión o al éxito de la oposición a la pretensión (; que (El interviniente adhesivo o coadyuvante carece de legitimación para litigar por sí solo frente al adversario de la parte a la que adhiere (; y que (...el tercero interviniente no podría él, por sí mismo, ser parte en el proceso, pero resulta claro que tiene un evidente interés jurídico en el triunfo de la parte con la que coadyuva. Y este interés constituye un presupuesto de admisibilidad para su intervención (Enrique Tarigo, (Lecciones de Derecho Procesal Civil (Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, T. I, pág.311)”* (Sentencia del 29 de abril de 2003, en autos: “Y.P.F. S.A. c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Contencioso Administrativo”, expediente N° 1.479/02 de la Secretaría de Demandas Originarias).

Además, la figura del tercero adhesivo o coadyuvante, sin dudas beneficiará los intereses de esta parte, atento al carácter especializado que detenta el ente de energía, quien podría proporcionar datos, especificaciones técnicas, pruebas, informes, etc., que eventualmente logren una mejor convicción al juzgador y que no se hayan acompañado hasta el momento, o bien que de obrar en la causa, sean mejorados, interpretados o complementados con las explicaciones y los alcances

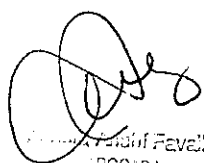
que pueda dar el citado, y que nos permita llegar a una sentencia favorable dentro de este proceso.

Por lo motivos expuestos, formalmente se solicita al señor Juez que se cite como tercero coadyuvante a la Dirección Provincial de Energía (D.P.E.), quien tiene personalidad jurídica propia para comparecer en estos obrados, conforme surge del artículo 1º de la Ley Territorial N° 117, a saber: *“La Dirección Provincial de Energía, creada por Decreto Territorial Nro. 484/72, modificado por Decreto Territorial Nro. 355/73, se regirá como entidad autárquica de derecho público con capacidad para actuar privada o públicamente de acuerdo a las disposiciones de la presente Ley, a las que establezcan las leyes generales del Territorio y las especiales sobre la materia, vinculándose con el Poder Ejecutivo Territorial por intermedio del Ministerio de Obras y Servicios Públicos”*.

A tales fines, se denuncia como domicilio la calle Comodoro Augusto Laserre N° 218, ciudad de Ushuaia.

II. En el hipotético e improbable supuesto que el citado como coadyuvante se oponga a comparecer de manera voluntaria, o que dicha negativa provenga de los demandados y que la misma sea receptada favorablemente por el señor Juez, se deja planteada la posibilidad de que la Dirección Provincial de Energía (D.P.E.), sea traído a estos obrados en los términos del art. 103 del C.P.C.C.L.R.yM.

La citación como tercero interesado, en caso que se rechace el carácter de coadyuvante (el que insistimos, es la figura que corresponde aplicar dadas las explicaciones vertidas en el punto anterior), podría llegar a entenderse supletoriamente como la adecuada, por considerar que la controversia es común, tal como lo fija el artículo antes mencionado.



Juan Carlos Favalli
ABOGADO
C. Prov. N° 333
C. de la Provincia

En virtud de ello, se deja esbozado el planteo de manera secundaria, entendiendo que el juego armónico de los artículos 100 y 103 así lo habilitan, teniendo en cuenta que el Superior Tribunal de Justicia ha expuesto sobre ambas figuras, que: *"El art. 101.1 de aquel plexo admite la intervención coadyuvante de quien tenga con una de las partes determinada relación sustancial que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida. Armónicamente, el art. 103 del mismo código prescribe la 'intervención necesaria por citación' de un tercero en garantía o de aquél respecto al cual considera que la controversia es común o a quien la sentencia pueda afectar"*. Sentencia del 18 de mayo de 2016, en autos: *"Preli, Liliana Graciela c/ Tribunal de Cuentas"*, expediente N° 3180/15, de la Secretaría de Demandas Originarias.

Como vemos, nuestro Címero Tribunal menciona la clara diferencia que existe entre el citado como tercero coadyuvante y el citado como tercero interesado, pero también reconoce el sentido armónico que debe darse a ambas figuras, extremo que creemos por demás que suficiente para dejar planteado en subsidio la citación de la Dirección Provincial de Energía (D.P.E.), en dicho carácter.

V. PRUEBA.

a) DILIGENCIAS PRELIMINARES

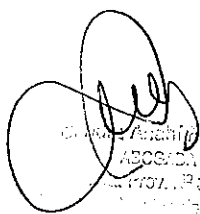
Considerando que en el Expediente N° 711/2019, Letra E acompañado, a fojas 1 se encuentra el Libramiento de Pago N.° 89/2019 del 11 de abril de 2019, sin firmas de liquidador y pagador, por la suma de PESOS DOSCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CINCUENTA (\$278.550,00) para pagar la Factura tipo A N.° 0003-000009892, del 8 de abril de 2019, incorporada a fojas 2 y que dicho monto habría sido cancelado el mediante el cheque N° 2737672 el 12 de abril de 2019, según la información de fojas 3, es necesario solicitar la presente.

Entonces, como consecuencia de que no consta en las actuaciones copia del instrumento cambiario y resulta indispensable para completar la legitimación pasiva, en los términos de los artículos 340 y 341 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, solicito que **como diligencia previa al traslado de la demanda**, se oficie al Banco BTF, Casa Central, a los fines que acompañe copia del cheque e identifique a los firmantes, acompañándose para ello copia del mismo.

b) PRUEBA DOCUMENTAL INSTRUMENTAL

Se menciona la prueba documental oportunamente acompañada con el escrito inicial de demanda, a saber:

- Expediente N° 711/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE” con un total de 198 fojas.
- Expediente N° 712/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 266 fojas.
- Expediente N° 713/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 246 fojas.
- Expediente N° 714/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 243 fojas.
- Expediente N° 722/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 223 fojas.
- Expediente N° 724/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 179 fojas.


D. Juan Antonio Guevara
ABOGADO
PROV. PROCESAL
CIVIL, COMERCIAL, LABORAL,
RURAL Y MINERO

- En el Expediente N° 740/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 189 fojas.

- En el Expediente N° 741/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 213 fojas.

- En el Expediente N° 742/2019, Letra: E, caratulado “Adquisición de materiales eléctricos de la DPE”, con un total de 266 fojas.

Asimismo se acompaña como prueba documental en esta ampliación de demanda:

- Nota N° 1146/2021, Letra D.P.E., del 30 de abril de 2021, suscripta por el Presidente de la D.P.E., Ing. Juan Alberto MANCINI LOIACONO, en un total de 35 fojas, que se acompaña con el presente.

Oportunamente y conforme la previsión del artículo 137 del Código Procesal Civil, Comercial, Laboral, Rural y Minero, tratándose de expedientes administrativos, fue solicitado y proveída la eximición de acompañar copias de traslado de dicha documentación.

c) PRUEBA DOCUMENTAL INSTRUMENTAL EN PODER DE TERCEROS.

Conforme se argumentó más arriba, a los fines de acreditar que los pagos indebidos se realizaron simultáneamente a procedimientos de licitación pública en el marco de la Ley provincial N° 1015 con la misma empresa, ofrezco los expedientes administrativos en poder de la Dirección Provincial de Energía, con domicilio en calle Gobernador Arturo Laserre N° 218, que seguidamente se detallan:

- Expediente N° 396/2019, Letra E, del registro de la Dirección Provincial de Energía.
- Expediente N° 505/2019, Letra E, , del registro de la Dirección Provincial de Energía.
- Expediente N° 520/2019, Letra E, , del registro de la Dirección Provincial de Energía.
- Expediente N° 121/2019, Letra E, , del registro de la Dirección Provincial de Energía..

D) INFORMATIVA

1) Se libre oficio al Banco BTF, casa central, con domicilio en Av. Maipú N° 897 de la ciudad de Ushuaia, a los fines que informe la veracidad de los pagos realizados por la Dirección Provincial de Energía a la firma INGENIERÍA 65 SRL, según los documentos y fechas descriptos más arriba y en la demanda, que se deberán acompañar en copia al oficio respectivo.

2) Se libre oficio a la firma INGENIERÍA 65 S.R.L. a los fines que acompañe copias de las ofertas realizadas, adjudicación, órdenes de compra y remitos que acrediten la entrega de los bienes pagados en los Expedientes de la Dirección Provincial de Energía N° 711/2019; N° 712/2019; N° 713/2019; N° 714/2019; N° 722/2019; N° 724/2019; N° 740/2019; N° 741/2019 y N° 742/2019, así como las facturas de sus proveedores sobre los mismos.

3) Se libre oficio a la Oficina Provincial de Contrataciones para que informe si se hizo difusión de las contrataciones directas N° 172, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 188, 189 y 190 todas del año 2019 y correspondientes a la Dirección



Provincial de Energía y, en su caso, en qué fecha se realizaron y cuál era el objeto de la contratación.

e) PERICIAL

1) En caso de negar la autoría de las firmas de los demandados en la documental instrumental acompañada, se ofrece la prueba pericial caligráfica para que se verifique si Alejandro LEDESMA, Patricia VALENCIA y Carolina ARTETA son los firmantes de las facturas, libramientos de pago, cheques y transferencias MEP arriba detalladas, como así en la demanda.

2) Subsidiariamente, en el caso que se acredite que la D.P.E. recibió los insumos pagados, solicito se nombre perito contador a los fines que determine los puntos expresados en los párrafos 25, 26 y 27 del acápite III de la presente.

A estos fines se ofrece como consultor técnico al C.P. Sebastián ROBELIN, auditor fiscal del Tribunal de Cuentas Provincial.

Para ello, se entiende prudente sugerir al perito en su tarea pericial:

- determinar los costos efectivamente asociados a la operación concreta que se analiza en esta oportunidad, considerando los costos directos del producto comercializado, como ser el precio de compra, fletes y seguros, ello según registros de libros IVA Compras; y por otro lado los indirectos como ser costos de mano de obra, gastos de comercialización, gastos de estructura (alquileres y servicios), impuestos, entre otros, los que se encuentran contenidos dentro del precio de venta en forma parcial (la enunciación es a título ejemplificativo);
- en caso de no poder determinar el margen de ganancia conforme a lo anterior de las operaciones en particular, deberá determinarlo respecto de operaciones de similares características llevadas adelante por Ingeniería 65

en la época respectiva. Ello, para luego detraer dicho beneficio a las operaciones bajo análisis en los expedientes mencionados.

- Subsidiariamente en caso de no poder determinar los anteriores, deberá determinar el margen de ganancia por empresas del rubro, que revistan el carácter de habitual y normal para la época correspondiente a la operación bajo análisis. Ello, para luego detraer dicho beneficio a la venta analizada.
- Ello conforme a lo expuesto en los párrafos mencionados en el acápite III de la presente.

f) TESTIMONIAL

1) Se cite a Mario MOLINA, con domicilio laboral en calle Laserre N.º 218 de la ciudad de Ushuaia, a los fines que de testimonio acerca de si se pidieron y recibieron los bienes pagados según se detalla en los expedientes administrativos acompañados.

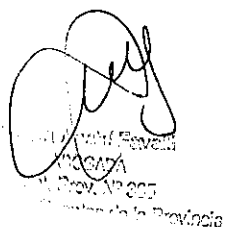
2) Se cite al Ing. Jorge Fabián CANO, con domicilio laboral en calle Laserre N.º 218 de la ciudad de Ushuaia, para que en su carácter de Jefe de Sección de Departamento Distribución informe si los bienes pagados en los expedientes acompañados fueron por él solicitados o recibidos.

g) Reconocimiento de firma

Para el hipotético caso que la contraria negase la autenticidad de las firmas insertas por los distintos agentes y funcionarios en los expedientes administrativos ofrecidos como prueba documental, solicito se cite a los autores a su reconocimiento en el marco de lo dispuesto por el artículo 409 del C.P.C.C.L.R. y M.

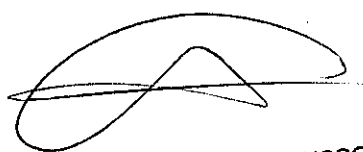
VI. PETITORIO:

Por lo expuesto a V.S. solicito:

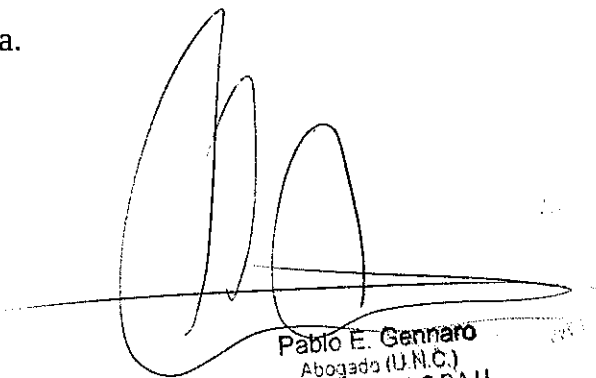


República Argentina
Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur

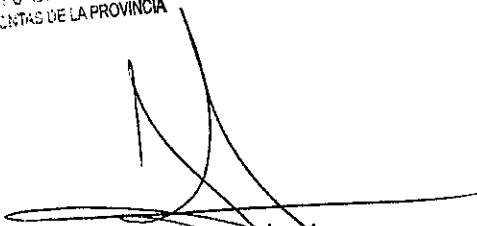
- 1) Se tenga por ampliados los fundamentos de la demanda en tiempo y forma, por ofrecida la prueba que se expresa.
- 2) Haga lugar a la medida preparatoria requerida referenciada en el acápite V. a) Prueba.
- 3) Ordene el traslado de la presente ampliación en forma conjunta con el escrito de demanda oportunamente acompañado.
- 4) Se ordene la citación del tercero en los términos mencionado en el acápite IV oportunamente.
- 5) En definitiva y previo a los tramites de ley, haga lugar a la misma con costas a la contraria.



Dr. Pablo M. F. RUSSO
Abogado
Mat. N° 775 CPAU TDF
TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA



Pablo E. Gennaro
Abogado (U.N.C.)
MAT. PROV. 782 C.P.A.U.
MAT. FED. T 502 - F 970



Federico Andreopfer
MAT 641 CPAU



Sandra Anahí Favalli
ABOGADA
Mat. Prov. N° 365
Tribunal de Cuentas de la Provincia