

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

SANTA ROSA, 28 SEP 2016

VISTO :

El Expediente Nº 14.970/2008, caratulado: "MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS S/OBRA ACUEDUCTO DE RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA."

RESUMEN DE LAS ACTUACIONES Nº 14.970/08

Esta Fiscalía de Investigaciones Administrativas toma intervención por nota suscripta por el Asesor Letrado de Gobierno, de fecha de fecha 31 de mayo de 2016, que se encuentra agregada a fs. 20.462.

Remite las actuaciones a efectos de que "...se promueva -en el marco de sus atribuciones y competencias- la investigación, formal, legal y documentada de la conducta administrativa de los funcionarios y agentes que han intervenido en la configuración de los vicios que ocasionaron la nulidad por ilegitimidad- del trámite, incluso, actúe de conformidad con lo preceptuado en el primer párrafo del artículo 16, de la Ley Orgánica de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, de configurarse tal supuesto normativo."

HECHOS RELEVANTES:

A fs. 3/4 se agrega Primer Acuerdo o Convenio Marco suscripto entre el Gobierno Nacional y el Gobierno de la Provincia de La Pampa de fecha 30 de Noviembre del año 1996, cuyo objeto fue financiar en su totalidad con recursos del Estado Nacional la primera etapa de la obra del Acueducto, ubicada al Sur de esta ciudad de Santa Rosa, como así también dotar a la misma de beneficios y exenciones impositivas y aduaneras

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

nacionales.

A fs. 10/11 obra Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 419/03, que aprueba el Convenio suscripto entre el Presidente de la Nación, Dr. Eduardo DUHALDE y el Gobernador de La Pampa, de fecha 27 de mayo de 2.002, por el que se concretaron y programaron las entregas de las remesas o "aportes" para la conclusión de la obra hasta la ciudad de Santa Rosa -dicho convenio fue ratificado por Ley Provincial N° 2.001.

A fs. 20/21 se incorporó **Acuerdo Marco** referido específicamente a la obra ubicada "...al Norte de la Ciudad de Santa Rosa..." suscripto con fecha **12 de Agosto de 2008** entre el Gobierno Nacional (representado por el Secretario de Obras Públicas) y la Provincia de La Pampa (representada por el entonces Gobernador de La Pampa Oscar Mario JORGE), por el cual, entre otros puntos el Ente Nacional de Obras Hídricas se comprometió a realizar "...las gestiones tendientes a la obtención del financiamiento y la posterior concreción de..." (CLÁUSULA SEGUNDA) "...la obra denominada "ACUEDUCTO SANTA ROSA – GENERAL PICO"..." (CLÁUSULA PRIMERA).

A fs. 923/1.081 se puede leer el **Pliego** de bases y condiciones donde se incluyó el modelo de contrato de obra pública y gestiones sobre afectación de fondos.

A fs. 1.083/1.086 obra convenio particular, entre el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y la Provincia de La Pampa , con el fin de concretar el financiamiento de la obra por parte del Estado Nacional, y además también elaboró un proyecto de Decreto por el que se aprueba la documentación técnica de la obra, y se habilita al Ministerio del ramo al llamado a licitación.

A fs. 1.090 el Consejo de Obras Públicas, mediante Resolución N° 155/09 -justificado en el modelo de contrato de obra pública agregado a

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

fojas 1.076/1.077 y el modelo de decreto agregado a fojas 1.087/1.088- aconsejó aprobar lo actuado y autorizar el llamado a licitación de la obra (art. 1º), y también que se tenga en cuenta, entre otras exigencias legales, que previo al "...remate público de una obra o a iniciar su construcción, **deberá estar prevista su financiación...**", en cumplimiento de la exigencia del artículo 11 de la Ley General de Obras Públicas (art. 2º).

A fojas 1.094/8 se incorporó copia certificada del "**CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA"** ya formalizado con fecha 31 de marzo de 2.009. El mismo, en su Cláusula "PRIMERO" dejó expresamente aclarado que -además de enmarcarse en la Ley Nacional Nº 24.805- dicho instrumento "...regirá las relaciones entre el ESTADO NACIONAL y La PROVINCIA tendientes a ejecutar la obra...". Por la Cláusula "SEGUNDO" se definió el carácter de comitente a La Provincia, y también las actividades que a ese respecto le corresponden, como así, que la obra se regirá por la Ley General de Obras Públicas Nº 38, "...con las particularidades y normativas previstas en este Convenio, y sobre la base del proyecto, pliego licitatorio... que ambas partes acordaron y cuyas copias se anexan...". En la Cláusula "TERCERA" se dispuso que en caso que se contrataren las obras el "E.N.O.H.SA. efectuará los pagos derivados de la ejecución, por cuenta y orden de la PROVINCIA, ..." .Por la Cláusula "CUARTO" se estableció que el E.N.O.H.SA. se comprometía a brindar a la PROVINCIA el financiamiento necesario, con carácter de no reintegrable, para la ejecución de la obra, y se definió que dicho financiamiento se realizaría con, "a) el aporte de recursos presupuestarios del ENOHSA... en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional en los ejercicios pertinentes; ..." y, "...b) mediante la formalización de operación/es de crédito público destinada/s a obtener los recursos adicionales que resulten necesarios...". Se acordó también que en los pliegos de la licitación se establecería que la gestión del financiamiento parcial externo de la obra debía ser concretado por el Oferente, y que tanto la aprobación como la formalización del crédito público

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

-a formalizarse entre el Estado Nacional y el organismo de crédito que el oferente proponga- debían contar con la aprobación de las autoridades nacionales, "...de conformidad ... con la Ley 24.156 y, Decreto 1344/07 y las normas complementarias que resulten aplicables. ..." (quinto párrafo).

A fojas 1.099/1.906 esta incorporada la documentación licitatoria -Pliego de Bases y Condiciones del llamado- que las partes acordaron y anexaron por la cláusula "SEGUNDO" del Convenio particular que se viene analizando, el que contiene en el "ANEXO XXI" el "MODELO DE CONTRATO" que debía suscribirse entre la Provincia de La Pampa, en su carácter de Comitente y el contratista de la obra, ya concluido el procedimiento de selección del contratista estatal.

A fojas 1.913/1914 se agregó el Decreto N° 598/09, de fecha 14 de abril del mismo año, suscripto por el entonces Gobernador, Contador Oscar Mario JORGE, el que motivado -entre otras- en que, ese "*Poder Ejecutivo, ... ha suscripto el Convenio Específico, cuyos anexos (Pliego de Bases y Condiciones, Proyecto y Presupuesto Oficial) obran como documentación legal y técnica en el expediente referido, para proceder a convocar el llamado a Licitación Pública para la ejecución de la obra aludida; ...*" (considerando 2º), decretó llamar a Licitación Pública Nacional e Internacional para la ejecución de la OBRA ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA, con el presupuesto oficial que detalla, "***... con base en la documentación legal y técnica (Pliego de Bases y Condiciones, Proyecto y Presupuesto Oficial) que como anexo forma parte integrante del convenio suscripto el día 31 de marzo de 2009 con el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento, "E.N.O.H.SA.". ...***" (art. 1º), como así también se fijó como fecha de apertura de las propuestas, para el 30 de junio del mismo año (art. 2º).

A fs. 1.932/2.076, en el marco del procedimiento de selección del contratista estatal, la administración emitió la "CIRCULAR

PROVINCIA DE LA PAMPÁ

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

ACLARATORIA N° 1", por la que se agregó en su "ANEXO III – ACUERDO" copia del certificada del "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", de fecha 31 de marzo de 2.009, antes referenciado.

A fs. 18.034/18.038 se incorporó informe final de análisis y evaluación de las ofertas efectuado por la Comisión Especial creada al efecto quien consideró que la oferta básica presentada por **SUPERCEMENTO S.A. – OAS CONSTRUCTORA LTDA.** resultaba ser la **oferta más conveniente.**

A fs. 18.040/18.050 consta intervención al E.N.O.H.SA, a la Oficina Nacional de Crédito Público y la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación a los fines de **evaluar el financiamiento** ofrecido por la oferente, resultando de dichas intervenciones nacionales la "no objeción" al trámite.

A fs. 18.055/18.056 se agregó la Resolución N° 133/10, de fecha 19 de mayo de 2.010, emitida por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, por la que se resolvió **preadjudicar** la licitación a la empresa antes mencionada (art. 1º), y **requirió** "...al oferente...*la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino, del financiamiento ofrecido en la oferta...*", y agregó a párrafo seguido que, "...**de no formalizarse** tal operación de crédito, la **preadjudicación** en este acto instrumentada quedará sin efecto, no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna -de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación-. ..." (art. 2º).

A fs. 18.079/18.081 se agregó el proyecto de Decreto por el que se propiciaba adjudicar la obra.

A fs. 18.082/18.083 se agregó el modelo de contrato a suscribir

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

con la adjudicataria -el que responde en su texto al anexo XXI: **MODELO DE CONTRATO**, del pliego de bases y condiciones que rigiera la Licitación, acordado como documentación licitatoria en el Convenio de fecha 31 de Marzo de 2009.

A fojas 18.710 y 18.711 se glosaron la Resolución N° 274/10 del **Consejo de Obras Públicas y Dictamen de la Asesoría Delegada** de este organismo actuante ante el Ministerio del ramo, respectivamente, quienes consideraron entre otra documentación, la referida a los proyectos de decreto de adjudicación y contrato de obra pública agregados a fojas 18.079/83 y aconsejaron adjudicar la licitación, por un lado, y no tener observaciones legales al trámite, por el otro, respectivamente. Luego se agregó nueva documentación preparatoria a los fines de la formalización del financiamiento ofrecido por el preadjudicado.

A fs. 18.800 se agregó una nota suscripta por el entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos, dirigida a Contraloría Fiscal del **Tribunal de Cuentas**, por la que le hace saber la remisión de las actuaciones a los fines de la "vista previa" -establecida en el artículo 2° del Decreto Ley 513/568-; en dicha nota informó que se estaba en condiciones de concluir la operatoria del crédito público a los fines de financiar la obra, y se aclaró que la "*...instrumentación de operación de crédito público ... requerirá suscripción concomitante del contrato de obra a la que va destinada.- ...*".

A fs. 18.801/18.802 la Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas al analizar los proyectos de Decreto y Contrato **devuelve** el trámite observando la redacción del Decreto proyectado y solicitando la agregación de la documentación pertinente.

A fs. 18.803/18.805 se agregó el proyecto de decreto de adjudicación de la obra con las correcciones que señalara la Contraloría Fiscal.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A fs. 18.808/18.809 se le da intervención al Consejo de Obras Públicas y a la Asesoría Legal Delegada actuante ante el Ministerio de Obras Públicas quienes tomaron vista de las correcciones realizadas.

A fs. 18.526 se le da nuevamente intervención a la **Contraloría** Fiscal del Tribunal de Cuentas, quien "...**conforma** ..." el trámite teniendo en cuenta el modelo de contrato primeramente informado y el nuevo modelo de Decreto, elaborado en base a las correcciones que se habían solicitado.

A fs. 19.527/19.529 se incorporó el **Decreto N° 34/2013** de fecha 13 de Febrero de 2013, suscripto por el entonces Gobernador de la Provincia de La Pampa Contador Oscar Mario JORGE, por el que se aprobó la licitación, y **se adjudicó** la obra al oferente preadjudicado por el monto de su oferta (art. 1º); además **se aprobó el modelo de contrato** a suscribir con la adjudicataria, que se agregó como anexo al mismo (art.2º); también **requirió del oferente** (ya adjudicatario) "**...la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento ofrecido en la oferta pre adjudicada por Resolución N° 133/10 -MOSP-...**" por el monto que allí detalla, y estableció a párrafo seguido que, "... . De no formalizarse tal operación de crédito, **la adjudicación en este acto instrumentada quedará sin efecto** no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna por parte de la adjudicataria, de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzará en el plazo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación para la firma del acta de replanteo de obra. ..." (art. 3º); por último, el acto administrativo individualizó la partida presupuestaria que atendería los gastos pertinentes (art.4º).

A fs. 19.530 se agregó el **modelo de contrato** aprobado por el mencionado Decreto N° 34/13, el que prevé en su articulado el "**OBJETO DEL CONTRATO**" (art.1º), los "**DOCUMENTOS DEL CONTRATO**" (art. 2º), el "**SISTEMA DE CONTRATACIÓN**" (art. 3º); el "**PLAZO DE EJECUCIÓN**"

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

de la obra (art. 4º); los efectos en caso de "INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL" (art. 5º); la "FORMA DE PAGO" de las certificaciones (art. 6º); la "GARANTÍA" de contrato a rendir (art. 8º); el "DOMICILIO LEGAL" que fijan las partes (art. 9º) y una "CLAUSULA TRANSITORIA" por la que se dispuso que, "La contratista se compromete a la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento y ofrecido en la oferta adjudicada, ..." por el monto que allí detalla, y estableció párrafo aparte que, "... De no formalizarse la operación de crédito mencionada, el presente contrato quedará sin efecto no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna por parte de LA CONTRATISTA. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzarán los plazos previstos en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación para la firma del acta de replanteo de la obra.- ..." (art. 7º).

A fs. 19.609/19.612 con fecha 28 de Octubre de 2013 se agregó una nota suscripta por el administrador del E.N.O.H.SA en la que informa al entonces Ministro de Obras y Servicios Públicas de esta Provincia, Ing. Jorge V. VARELA que el trámite del Dictamen de calificación del crédito público respecto de la obra "...se encontraba vencido desde el 30 de Junio de 2010..." por ello se realizaría "...una nueva evaluación económica del proyecto ...".

A fs. 19.866 se agregó **nota suscripta** por el entonces Gobernador de la Provincia Contador Oscar Mario JORGE, **dirigida** al entonces Ministro de Economía de la Nación en el marco de la contratación que se viene analizando, y expone que ante la urgencia y emergencia hídrica provincial solicita del destinatario le informe "... (A) Estado de avance en la negociación soberana entre ese Estado Nacional y el BNDES, por el financiamiento de la obra en cuestión. (B) ... estimación del tiempo que demandaría la concreción de dicho crédito. (C) Si el Tesoro Nacional está en condiciones de financiar en su totalidad la obra...". Párrafo aparte señala que la "...opción (C)... resolvería la urgencia, ..." y "... además como ventaja adicional, generaría la producción de los caños en el país, ... y... transporte

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

local, ..." como así, que dicha "...medida ...redundara en un considerable ahorro al erario público. ..." -señalo que la cañería es uno de los insumos más importantes de la obra-

A fs. 19.867 el entonces Ministro de Economía y Finanzas Públicas de la Nación contestó dicho requerimiento en el sentido "...que las negociaciones soberanas con el BNDES por el financiamiento solicitado en la Licitación... **se encuentran aún en proceso.** ...", y aclaró a párrafo seguido que "...Sin embargo, **dada la complejidad** de este tipo de operaciones financieras internacionales, ... no sería probable la materialización de este crédito en el corto plazo.". En párrafo aparte expresó el informante que **el Tesoro Nacional estaría en condiciones de financiar la totalidad de la obra en la medida que el E.N.O.H.SA. cuente** "... con crédito presupuestario suficiente a tales fines. ...", y a esos fines expresó que comenzaría los trámites ante el Ministerio de Planificación Federal y E.N.O.H.SA. para su concreción.

A las fojas 19.868 -con fecha 30 de abril de 2.015- **se agregó una nota suscripta** por el Administrador del E.N.O.H.SA. dirigida al entonces Gobernador de la Provincia, en la que le expresa que, *teniendo en cuenta lo informado por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas antes referenciada, resultaba necesario* "...determinar, dado el tiempo transcurrido, el mantenimiento de la oferta como así también el monto actual de la obra ... de acuerdo a la normativa aplicable vigente. ..."; además expresó que, en caso que el contrato se financie con aportes del Tesoro Nacional, **"...se vislumbra una posible economía en los costos de ejecución de la obra..."**, pues sugiere la instalación de cañería de fabricación argentina.

A fs. 19.869, se agregó una nota suscripta por el entonces Gobernador de la Provincia dirigida a la contratista, en la que le hace saber que el **"...Tesoro Nacional estaría en condiciones de financiar en su totalidad la obra que nos ocupa. ..."**, por ello, le consultó si **"...aceptaría el**

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

financiamiento antes mencionado, y de ser así, ... "...el monto actual de la obra, el que debe contemplar la posible economía en los costos de ejecución de obra, ..." pues en esas condiciones "...**posibilitaría instalar el total de la cañería de fabricación Argentina...**".

A las fojas 19.870 se agregó respuesta de la contratista al requerimiento realizado por el entonces Señor **Gobernador** en la que expresa que "...**acepta el Financiamiento con Fondos del Tesoro Nacional...**", luego, que dicha alternativa de financiamiento implicaba la inexistencia de la necesidad de proveer los tubos -cañerías- desde Brasil, pues consideró posible proveer la totalidad de la misma fabricada en Argentina; además informó que el monto redeterminado de la obra, a marzo de 2.015, lo había calculado en la suma de \$ 1.365.532.702,00.

A fojas 19.871 se agregó el texto de una nota suscripta por el entonces **Gobernador** de la Provincia y dirigida al Administrador de **E.N.O.H.SA.** en la que le hace saber lo expuesto por la contratista y a la foja siguiente dicho Administrador le informó al mismo Gobernador que, **ante la decisión del Gobierno Nacional de financiar el CIEN POR CIENTO** de la obra con recursos del Tesoro Nacional "... se otorga a la Provincia de La Pampa a través del presente instrumento, la **NO OBJECIÓN TÉCNICA** para que dé inicio en forma inmediata a la ejecución de la obra...".

A fojas 19.884 obra pase fundado suscripto por la **Dra. Daniela M. VASSIA**, Asesora Letrada de Gobierno, por el que **no advierte** observaciones a la firma de la **ADDENDA** por parte del Gobernador.

A fs. 18.885/18.889 se agrega "ADDENDA AL CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", por el que se proyectaba establecer que el **E.N.O.H.SA** le reconocería a la Provincia el costo total de la obra "... con recursos del Tesoro Nacional, un financiamiento no reintegrable, ...".

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

(CLAUSULA PRIMERA), y además en lo que interesa, en la CLÁUSULA TERCERA se establecía que el "E.N.O.H.SA." comenzaría a realizar los desembolsos contra la presentación de los informes de avance de financiamiento y de la correspondiente rendición de fondos realizada por la Administración Provincial del Agua -A.P.A.-, la que se complementaba con la Cláusula Quinta que determinaba el procedimiento de rendición de cuentas entre la Provincia y el Estado Nacional. El mismo fue dictaminado en forma favorable por esta Asesoría Letrada de Gobierno a fojas 19.884, al entender que dicho instrumento se enmarcaba en las facultades otorgadas por el artículo 2º, de la Ley Provincial N° 2.457.

A fs. 19.891 se agregó "ACTA DE REPLANTEO E INICIO DE OBRA" de fecha 1º de julio de 2.015, por la que se le pusieron a disposición de la Empresa los terrenos e instalaciones necesarias a utilizar para la ejecución de las obras, dando inicio a los plazos contractuales a partir de allí.

En lo que respecta a la ejecución de la obra, luego de su inicio se agregó a fojas 19.893 la "ORDEN DE SERVICIO N° 1", de fecha 2 de julio de 2.015 por la que se recuerda a la contratista su deber de cumplimentar el Pliego de Bases y Condiciones, tales, los artículos 49 (Iniciación de la Obra y Plan de Trabajo), 51 (Carteles de Obra), 59 (Condiciones y Especificaciones para la Elaboración de la Ingeniería), 70 (Locales y Elementos a proveer para la Supervisión y la Inspección de Obra), 71 (Movilidad para la Inspección) y 97 (Otros Seguros), que la Inspección de Obra consideraba incumplidos.

A fojas 19.894 se agregó la Nota de Pedido de Empresa N° 1, de fecha 3 de julio de 2.015, por medio de la cual la Contratista solicitó redeterminación provisoria y definitiva de los precios del contrato.

A fojas 19.895 se adjuntó la Nota de Pedido de Empresa N° 2, de fecha 3 de julio de 2.015, por medio de la cual la Contratista **solicitó que**

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

se le efectúe el pago del anticipo financiero correspondiente al 10 % del contrato con monto redeterminado.

A fojas 19.904 se agregó la Nota de Pedido de Empresa N° 3, de fecha 17 de julio de 2.015, por la cual la contratista solicitó mayor plazo para el cumplimiento de la Orden de Servicio N° 1.

A fojas 19.905 se agregó la "ORDEN DE SERVICIO N° 2", de fecha 10 de agosto de 2.015, librada por la Inspección de la Obra por la que se le comunicó a la Contratista que debido a que se encontraban **vencidos los plazos** para el cumplimiento de la ORDEN DE SERVICIO N° 1, estaba incurso en las causales de aplicación de las **multas** contractuales previstas en el artículo 82 del Pliego de Bases y Condiciones.

A fojas 19.906 se agregó la ORDEN DE SERVICIO N° 3, de fecha 31 de agosto de 2.015, por la cual la Inspección de Obra le comunicó a la Contratista los días que, a su juicio, habían corrido desde que se encontraba **en mora** en el cumplimiento de los artículos 49, 51, 59, 61, 70, 71, 91 y 97 del Pliego de Bases y Condiciones.

A fojas 19.907/8 se agregó la Nota de **Pedido** de Empresa N° 4, de fecha 31 de agosto de 2.015, mediante la cual la Contratista **solicitó la paralización** o ajuste en el plazo de la obra, motivada en el **cambio de provisión** de tuberías (brasileras por argentinas) lo que readecuaría el plan de trabajos; asimismo informó que los insumos que debía proveer, de acuerdo al contrato, se encontraban discontinuados o eran inexistentes en el mercado, por ello solicitó una ampliación de **plazo de 60 días hábiles**.

A fojas 19.909 se agregó la Nota de Pedido de Empresa N° 5, de fecha 22 de septiembre de 2.015, mediante la cual la Contratista manifestó que, atendiendo "... a las conversaciones mantenidas y como consecuencia de la nacionalización del crédito que trae aparejada la producción de los tubos P.R.F.V en la Argentina, ..." **adjuntó economías y**

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

demasías de la obra, y solicitó que mientras se desarrollara el análisis pertinente se procediera a la **paralización** de los plazos contractuales.

A fojas 19.910 se agregó "ACTA DE **PARALIZACIÓN DE OBRA CON SUSPENSIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL**", la que se celebró Ad Referéndum del Poder Ejecutivo Provincial y se fundó en la Nota de Pedido de Empresa N° 5 antes referenciada. Dicho instrumento dejó aclarado que la contratista "... *renuncia a todo posible reclamo por reconocimiento de diferencias de precios por mayores costos y gastos improductivos que puedan originarse a consecuencia de la suspensión del plazo contractual.- ...*".

A fojas 19.913/34 se agregó la documentación referida a las demasías y economías, y redeterminación de precios contractuales referidas, y a fojas 19.941/2 se agregó Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 562/15, de fecha 29 de septiembre de 2015 que aprueba el "Acta de Paralización de Obra N° 2" (artículo N° 1).

A fojas 19.951 se dispuso agregar a este trámite los expedientes N° 13.964/2015 y 14.022/2015 (r. M.G.E.S.) ambos referidos al trámite legislativo impulsado por el Poder Ejecutivo Provincial por el que propiciaba se lo autorice a incorporar al presupuesto de gastos y cálculos de recursos las economías que se generaran con motivo del financiamiento de la obra por parte del Poder Ejecutivo Nacional y destinarlas a las demasías que se proyectaban (Art. 1º, proyecto de fs. 19.955).

A fs. 19.972 el Sr. Ministro de Obras y Servicios Públicos solicitó a la Asesoría Letrada de Gobierno que considere y analice las presentes actuaciones. Dicho organismo de contralor se expidió mediante **Dictamen N° 18/16**, obrante a fs. 19.983/20.027, que a continuación se transcribe:

" Señor Ministro de Obras y Servicios Públicos:

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Se requiere de este Organismo Asesor consideración y análisis de las presentes actuaciones por las que tramitó la licitación pública y posterior contratación de la obra denominada "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", motivado en el rechazo por parte de la Cámara de Diputados Provincial de un proyecto de Ley impulsado por el Poder Ejecutivo, referido a demasías y economías contractuales.

El contrato de la obra se encuentra **paralizado** y suspendidos sus plazos desde el día **22 de Septiembre de 2015**, situación que se formalizó mediante Acta suscripta Ad Referéndum del Poder Ejecutivo (fs. 19.910), la que fuera aprobada por Decreto Nº 562/15, y justificada en dicho procedimiento legislativo (fs. 19.941/2).

Ahora bien, ante el requerimiento Ministerial efectuaré el análisis de estas actuaciones desde su origen, a fin de contextualizar las posibles soluciones legales que se estimen procedentes.

A) Entonces, el expediente se inicia en el mes de diciembre del año 2008, con una nota suscripta por el Señor Subsecretario de Obras y Servicios Públicos, dirigida al Presidente de la entonces Comisión Técnica Acueducto del Río Colorado -función que se cubría con quien se encontrara a cargo del Ministerio del ramo-, en la que expresa que la primera etapa de la obra en análisis, ubicada al sur de esta ciudad de Santa Rosa, había sido financiada con recursos del Estado Nacional; además, que gestiones del entonces Gobernador, Contador Oscar Mario JORGE ante el Secretario de Obras Públicas del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios habían concluido con el compromiso de financiamiento por parte del Estado Nacional de la segunda etapa de la obra, que proveería de agua potable a las localidades de Winifreda, Eduardo Castex, Monte Nievas, Metileo y General Pico -los términos de dicho compromiso se plasmaron en un convenio suscripto por las partes, el que se ratificó por la Legislatura provincial mediante Ley Nº 2.457-. Por ello, estima "...de vital importancia ... comenzar el proceso licitatorio que permita la contratación de la obra citada ..." (fs. 2, segundo párrafo in fine).

Luego se agregaron como antecedentes, el primer acuerdo o Convenio Marco, suscripto entre el Gobierno Nacional y esta Provincia (fs. 3/4), formalizado por los

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

entonces Presidente de la Nación y Gobernador de la provincia, Dr. Rubén Marín, que data del 30 de noviembre de 1.996, ratificado por Ley Nacional Nº 24.805 (fs. 3) y Provincial Nº 1.731 (fs. 12/14); dicho Convenio se justifica -en sus considerandos- debido a que nuestro territorio provincial "...se ubica en zonas áridas y semiáridas..." y hay sólo una fuente permanente de aguas por escorrentías -el río Colorado-, siendo el agua subterránea prácticamente el único recurso para abastecimiento de agua potable a las poblaciones, fuente de agua que además, de estudios hidrográficos realizados en 16 regiones provinciales surge que sólo en dos puede considerarse "aceptable para el consumo humano", por ello, el Estado Nacional decidió "...apoyar la iniciativa encarada por el Gobierno de La Pampa para resolver, en forma urgente, los graves problemas derivados de la insuficiencia hídrica,...", y con ello, financiar la obra en cuestión en su totalidad, como así también dotar la misma de beneficios y exenciones impositivas y aduaneras nacionales.

También se agregaron los textos del Decreto Nacional Nº 225/98 (fs. 5/6) y Resoluciones Generales A.F.I.P. Nº 239/98 y Nº 351/99 que refieren a la implementación de beneficios impositivos y aduaneros generados por la Ley Nacional Nº 24.805 para los insumos destinados a la obra (fs. 7/9).

Luego se glosó el texto del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional Nº 419/03 que aprueba el Convenio suscripto entre el Presidente de la Nación, Dr. Eduardo Duhalde y el Gobernador de La Pampa (fs. 10/11) de fecha 27 de mayo de 2.002, por el que se concretaron y programaron las entregas de las remesas o "aportes" para la conclusión de la obra hasta la ciudad de Santa Rosa -dicho convenio fue ratificado por Ley Provincial Nº 2.001-.

Se agregaron además los Decretos Provinciales Nº 326/96 y 40/2004, por los que se creó la Comisión Técnica Acueducto del Río Colorado y se modificó su integración, y se definieron sus facultades, respectivamente.

Ya referido específicamente a la obra ubicada "...AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", la cuestión se centró en su financiación por parte del Estado Nacional; en ese contexto se formalizó un nuevo "ACUERDO MARCO" (fs. 20/1) suscripto con fecha 12 de agosto de 2.008 entre el Gobierno Nacional -representado

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

por el Secretario de Obras Públicas- y la Provincia de La Pampa -representada por el entonces Gobernador, Contador Oscar Mario JORGE-, en el marco de la Ley Nacional 24.805 y Decreto Nacional Nº 419/03. El mismo se motivó -según sus considerandos- en la gran importancia que tiene para el desarrollo económico y social de las localidades del norte provincial proveerlas de agua potable (considerandos 3º y 4º), por ello, el Ente Nacional de Obras Hídricas se comprometió a realizar "... las gestiones tendientes a la obtención del financiamiento y la posterior concreción de ..." (CLÁUSULA SEGUNDA) "...la obra denominada "ACUEDUCTO SANTA ROSA – GENERAL PICO"..." (CLÁUSULA PRIMERA).

En ese marco de entendimiento, la provincia de La Pampa se comprometió a realizar los estudios de impacto ambiental y el plan de gestión ambiental de conformidad con la legislación aplicable (CLAUSULA TERCERA), y a gestionar la puesta en funcionamiento y mantenimiento de la obra (CLÁUSULA CUARTA).

Dicho "ACUERDO MARCO" fue ratificado por la legislatura Provincial mediante Ley Provincial Nº 2.457 (art. 1º), norma que además facultó al Poder Ejecutivo a suscribir las actas complementarias y a realizar la totalidad de las gestiones tendientes al perfeccionamiento de lo estipulado en el "ACUERDO" que ratificó (art. 2º).

También se agregó documentación parcial relacionada con el Pliego de Bases y Condiciones de la Obra (fs. 27/906) confeccionada por un experto contratado por la CO.T.A.R.C. (fs. 907/14). Mientas que con fecha 20 de marzo de 2.009 el entonces Señor Gobernador de la Provincia, Contador Oscar Mario JORGE emitió el Decreto 400/2.009 (fs. 920), por el que se aprobó todo lo actuado por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, en el marco de la obra que me ocupa, y además facultó al Ministro del ramo a realizar todas las gestiones previas a los fines de la "... consecución ..." de su "...financiamiento ...", como así a la elaboración de la documentación necesaria para el llamado a licitación y su posterior ejecución.

Luego nuevamente se agregó documentación relacionada con los Pliegos Licitatorios de la obra (fs. 923/1.077) donde se incluyó el modelo de contrato de

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

obra pública que se suscribiría con la adjudicataria de la obra, y gestiones sobre afectación de fondos (fs. 1.078/1.081).

A partir de estas actuaciones el Ministerio de Obras y Servicios Públicos proyectó un convenio particular, a formalizarse entre el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y esta Provincia (fs. 1.083/6), con el fin de concretar el financiamiento de la obra por parte del Estado Nacional, y además también elaboró un proyecto de Decreto por el que se aprueba la documentación técnica de la obra, y se habilita al Ministerio del ramo al llamado a licitación.

El Consejo de Obras Públicas, mediante Resolución Nº 155/09 -justificado en el modelo de contrato de obra pública agregado a fojas 1.076/7 y el modelo de decreto agregado a fojas 1.087/8- aconsejó aprobar lo actuado y autorizar el llamado a licitación de la obra (art. 1º), y también que se tenga en cuenta, entre otras exigencias legales, que previo al "...remate público de una obra o a iniciar su construcción, deberá estar prevista su financiación...", en cumplimiento de la exigencia del artículo 11 de la L.G.O.P. (art. 2º) (fs. 1.090). Coincidente análisis realizó la Asesoría Delegada de este Organismo actuante ante el Ministerio de Obras y Servicios Públicos (fs. 1.091).

Luego de dichas recomendaciones referidas al financiamiento, a fojas 1.094/8 se agregó copia certificada del "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA" ya formalizado con fecha 31 de marzo de 2.009, el que en sus considerandos refiere a alguno de los antecedentes antes informados, y justificó la facultad de suscripción del mismo por parte del Señor Gobernador, en la habilitación dada por el artículo 2º de la Ley Provincial Nº 2.457.

Su Cláusula "PRIMERO" dejó expresamente aclarado que -además de enmarcarse en la Ley Nacional Nº 24.805- dicho instrumento "...regirá las relaciones entre el ESTADO NACIONAL y La PROVINCIA tendientes a ejecutar la obra..." que me ocupa.

Por la Cláusula "SEGUNDO" se definió el carácter de comitente a La Provincia, y también las actividades que a ese respecto le corresponden, como así, que la obra se regirá por la Ley General de Obras Públicas Nº 38, "...con las particularidades y

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

normativas previstas en este Convenio, y sobre la base del proyecto, pliego licitatorio... que ambas partes acordaron y cuyas copias se anexan..." al mismo (primer párrafo).

En la Cláusula "TERCERA" se dispuso que en caso que se contrataren las obras el "E.N.O.H.SA. efectuará los pagos derivados de la ejecución, por cuenta y orden de la PROVINCIA, ..." tanto sea de las certificaciones conforme al Pliego de Bases y Condiciones como también los intereses por el pago fuera de término de los mismos.

Por la Cláusula "CUARTO" se estableció que el E.N.O.H.SA. se comprometía a brindar a la PROVINCIA el financiamiento necesario, con carácter de no reintegrable, para la ejecución de la obra, y se definió que dicho financiamiento se realizaría con, "a) el aporte de recursos presupuestarios del ENOHSÁ ... en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional en los ejercicios pertinentes; ..." y, "...b) mediante la formalización de operación/es de crédito público destinada/s a obtener los recursos adicionales que resulten necesarios...". Se acordó también que en los pliegos de la licitación se establecería que la gestión del financiamiento parcial externo de la obra debía ser concretado por el Oferente, y que tanto la aprobación como la formalización del crédito público -a formalizarse entre el Estado Nacional y el organismo de crédito que el oferente proponga- debían contar con la aprobación de las autoridades nacionales, "...de conformidad ... con la Ley 24.156 y, Decreto 1344/07 y las normas complementarias que resulten aplicables. ..." (quinto párrafo).

A fojas 1.099/1.906 se agregó la documentación licitatoria -Pliego de Bases y Condiciones del llamado- que las partes acordaron y anexaron por la cláusula "SEGUNDO" del Convenio particular que se viene analizando, el que contiene en el "ANEXO XXI" el "MODELO DE CONTRATO" que debía suscribirse entre la Provincia de La Pampa, en su carácter de Comitente y el contratista de la obra, ya concluido el procedimiento de selección del contratista estatal.

A fojas 1.910 tomó intervención el Consejo de Obras Públicas y a las fojas siguientes la Asesora Letrada Delegada actuante ante el Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A fojas 1.913/4 se agregó el Decreto Nº 598/09, de fecha 14 de abril del mismo año, suscripto por el entonces Gobernador, Contador Oscar Mario JORGE, el que motivado -entre otras- en que, ese "Poder Ejecutivo, ... ha suscripto el Convenio Específico, cuyos anexos (Pliego de Bases y Condiciones, Proyecto y Presupuesto Oficial) obran como documentación legal y técnica en el expediente referido, para proceder a convocar el llamado a Licitación Pública para la ejecución de la obra aludida; ..." (considerando 2º), decretó llamar a Licitación Pública Nacional e Internacional para la ejecución de la OBRA ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA, con el presupuesto oficial que detalla, "...con base en la documentación legal y técnica (Pliego de Bases y Condiciones, Proyecto y Presupuesto Oficial) que como anexo forma parte integrante del convenio suscripto el día 31 de marzo de 2009 con el Ente Nacional de Obras Hídricas de Saneamiento, "E.N.O.H.SA." ..." (art. 1º), como así también se fijó como fecha de apertura de las propuestas, para el 30 de junio del mismo año (art. 2º).

En el marco del procedimiento de selección del contratista estatal, la administración emitió la "CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1" (fs. 1.932/2.076), por la que se agregó en su "ANEXO III – ACUERDO" copia de la certificada del "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", de fecha 31 de marzo de 2.009, antes referenciado.

El valor legal y técnico de dichas circulares aclaratorias lo define el artículo 16, del Tomo I, del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación, cuando establece que "... Las circulares emitidas como consecuencia de las consultas formuladas por los interesados, como aquellas que el COMITENTE efectúe de oficio, pasarán a formar parte del presente PLIEGO. ..." (párr. 5º).

A partir de allí, se prosigue con el iter procedimental de la licitación, tales entre otros, acta de apertura de los sobres de los oferentes y agregado al trámite de la documentación contenida en los mismos; elaboración del "INFORME FINAL DE ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LAS OFERTAS" (fs. 18.034/8) efectuado por la Comisión

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

especial creada al efecto, quien consideró que la oferta básica presentada por SUPERCEMENTO S.A. – OAS CONSTRUCTORA LTDA. resultaba ser la oferta más conveniente; con ello, y en cumplimiento del artículo 36 del Pliego de Bases y Condiciones y lo establecido en el apartado a), de la cláusula "SEGUNDO" del Convenio Particular de fecha 31 de marzo de 2.009 se dió intervención al E.N.O.H.SA. (fs. 18.040/4) y a la Oficina Nacional de Crédito Público y la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación y el E.N.O.H.SA. (fs. 18.045/50), a los fines de evaluar el financiamiento ofrecido por la oferente, intervenciones nacionales que no objetaron el trámite.

A fojas 18.055/6 se agregó la Resolución Nº 133/10, de fecha 19 de mayo de 2.010, emitida por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, por la que se resolvió preadjudicar la licitación a la empresa antes mencionada (art. 1º), y requirió "...al oferente ... la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino, del financiamiento ofrecido en la oferta...", y agregó a párrafo seguido que, "...de no formalizarse tal operación de crédito, la preadjudicación en este acto instrumentada quedará sin efecto, no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna -de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación- ..." (art. 2º).

Posteriormente se agregó documentación preparatoria de la operación de crédito público acompañada por el oferente preadjudicado.

A fojas 18.079/81 se agregó el proyecto de decreto por el cual se propiciaba adjudicar la obra; mientras que en las siguientes tramitaciones (fs. 18.082/3) se agregó el modelo de contrato a suscribir con la adjudicataria -el que responde en su texto al ANEXO XXI: MODELO DE CONTRATO, del Pliego de Bases y Condiciones que rigiera la licitación, acordado como documentación licitatoria en el Convenio de fecha 31 de marzo de 2.009-.

A partir de allí se agregó documentación relacionada con los convenios de constitución de servidumbre administrativa formalizados con los propietarios afectados por la obra

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Mientras que a fojas 18.710 y 18.711 se glosaron la Resolución Nº 274/10 del Consejo de Obras Públicas y Dictamen de la Asesoría Delegada de este Organismo actuante ante el Ministerio del ramo, respectivamente, quienes consideraron entre otra documentación, la referida a los proyectos de decreto de adjudicación y contrato de obra pública agregados a fojas 18.079/83 y aconsejaron adjudicar la licitación, por un lado, y no tener observaciones legales al trámite, por el otro, respectivamente. Luego se agregó nueva documentación preparatoria a los fines de la formalización del financiamiento ofrecido por el preadjudicado.

A fojas 18.800 se agregó una nota suscripta por el entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos, dirigida a Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas, por la que le hace saber la remisión de las actuaciones a los fines de la "vista previa" -establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 513/68-; en dicha nota informó que se estaba en condiciones de concluir la operatoria del crédito público a los fines de financiar la obra, y se aclaró que la "...(instrumentación de operación de crédito público ... requerirá suscripción concomitante del contrato de obra a la que va destinada).- ...".

A fojas 18.801/2 Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas, al analizar los proyectos de Decreto y Contrato "...obrante a fojas 18.079/83 aprobando la Licitación Pública para la obra ...", "...devuelve..." el trámite observando la redacción del Decreto proyectado y solicitando la agregación de la documentación pertinente.

A fojas 18.803/5 se agregó el proyecto de decreto de adjudicación de la obra con las correcciones que señalara Contraloría Fiscal, mientras que a fojas 18.808 y 18.809 se agregaron las intervenciones del Consejo de Obras Públicas y de la Asesoría Legal Delegada actuante ante el Ministerio de Obras Públicas, quienes tomaron vista de las correcciones efectuadas; y desde fojas 18.010 a 19.514, se agregó la demás documentación requerida en el control previo.

A fojas 19.516, tomó nueva intervención Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas, quien "...conforma..." el trámite, teniendo en cuenta el modelo de contrato primeramente informado y el nuevo modelo de Decreto, elaborado en base a las correcciones que se habían solicitado.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A fojas 19.526/9 se agregó el Decreto Nº 34/13, de fecha 13 de febrero de 2.013, suscripto por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, por el que se aprobó la licitación, y se adjudicó la obra al oferente preadjudicado, por el monto de su oferta (art. 1º); además se aprobó el modelo de contrato a suscribir con la adjudicataria, que se agregó como anexo al mismo (art.2º); también requirió del oferente (ya adjudicatario) "...la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento ofrecido en la oferta pre adjudicada por Resolución Nº 133/10 -MOSP-..." por el monto que allí detalla, y estableció a párrafo seguido que, "... . De no formalizarse tal operación de crédito, la adjudicación en este acto instrumentada quedará sin efecto no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna por parte de la adjudicataria, de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzará en el plazo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación para la firma del acta de replanteo de obra. ..." (art. 3º); por último, el acto administrativo individualizó la partida presupuestaria que atendería los gastos pertinentes (art.4º).

A fojas 19.530/1 se agregó el modelo de contrato aprobado por el mencionado Decreto Nº 34/13, el que prevé en su articulado el "OBJETO DEL CONTRATO" (art.1º), los "DOCUMENTOS DEL CONTRATO" (art. 2º), el "SISTEMA DE CONTRATACIÓN" (art. 3º); el "PLAZO DE EJECUCIÓN" de la obra (art. 4º); los efectos en caso de "INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL" (art. 5º); la "FORMA DE PAGO" de las certificaciones (art. 6º); la "GARANTÍA" de contrato a rendir (art. 8º); el "DOMICILIO LEGAL" que fijan las partes (art. 9º) y una "CLAUSULA TRANSITORIA" por la que se dispuso que "La contratista se compromete a la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento y ofrecido en la oferta adjudicada, ..." por el monto que allí detalla, y estableció párrafo aparte que, "... . De no formalizarse la operación de crédito mencionada, el presente contrato quedará sin efecto no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna por parte de LA CONTRATISTA. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzarán los plazos previstos en el Pliego

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

de Bases y Condiciones de la Licitación para la firma del acta de replanteo de la obra.- ..." (art. 7º).

Luego se agregó documentación complementaria previa a la firma del Contrato de Obra Pública requerida a fojas 19.538, y a fojas 19.598/9 -con fecha 20 de marzo de 2.013- se agregó dicho contrato suscripto por las partes.

En lo que interesa, a fojas 19.609/12 -con fecha 28 de octubre de 2.013- se agregó una nota suscripta por el Administrador del E.N.O.H.SA., en la que informa al entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos de esta Provincia, Ing. Jorge V. VARELA, que el trámite del Dictamen de Calificación del crédito público respecto de la obra que me viene ocupando "...se encontraba vencido desde el 30/06/2010. ..." por ello, se realizaría "...una nueva evaluación económica del proyecto...". Y a las fojas 19.614 y 19.643 -con fecha 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2013- el mencionado Ministro le remite al Administrador del E.N.O.H.SA. sendas notas acompañando documentación actual (a esa fecha) relacionada con esa gestión.

A las fojas 19.720/19.723 se agregó copias de trámites entre el E.N.O.H.SA. y la Oficina Nacional de Crédito Público, respecto del tema expuesto en el párrafo anterior. También, a fojas 19.724/19.865 y siguientes, documentación relacionada con el cambio de razón social de una de las adjudicatarias integrantes de la U.T.E..

A fojas 19.866, -ya con fecha 8 de abril de 2.015- se agregó una nota suscripta por el entonces Gobernador de la Provincia, Contador Oscar M. JORGE, dirigida al entonces Ministro de Economía de la Nación, en la que le informa "...la falta de avance del financiamiento..." en el marco de la contratación que se viene analizando, y expone que ante la urgencia y emergencia hídrica provincial solicita del destinatario le informe "... (A) Estado de avance en la negociación soberana entre ese Estado Nacional y el BNDES, por el financiamiento de la obra en cuestión. (B) ... estimación del tiempo que demandaría la concreción de dicho crédito. (C) Si el Tesoro Nacional está en condiciones de financiar en su totalidad la obra...". Párrafo aparte señala que la "...opción (C)... resolvería la urgencia, ..." y "... además como ventaja adicional, generaría la producción de los caños en el país, ... y... transporte local, ..." como así, que dicha "...medida ...redundara en un considerable ahorro al

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

erario público. ..." -señalo que la cañería es uno de los insumos más importantes de la obra-

A la foja siguiente -un día después de la nota que se menciona en el párrafo anterior- el entonces Ministro de Economía y Finanzas Públicas de la Nación contestó dicho requerimiento, en el sentido "...que las negociaciones soberanas con el BNDES por el financiamiento solicitado en la Licitación... se encuentran aún en proceso. ...", y aclaró a párrafo seguido que "...Sin embargo, dada la complejidad de este tipo de operaciones financieras internacionales, ... no sería probable la materialización de este crédito en el corto plazo.". En párrafo aparte expresó el informante que el Tesoro Nacional estaría en condiciones de financiar la totalidad de la obra en la medida que el E.N.O.H.SA. cuente "... con crédito presupuestario suficiente a tales fines. ...", y a esos fines expresó que comenzaría los trámites ante el Ministerio de Planificación Federal y E.N.O.H.SA. para su concreción.

A las fojas 19.868 -con fecha 30 de abril de 2.015- se agregó una nota suscripta por el Administrador del E.N.O.H.SA. dirigida al entonces Gobernador de la Provincia, en la que le expresa que, teniendo en cuenta lo informado por el Ministro de Economía y Finanzas Públicas antes referenciada, resultaba necesario "...determinar, dado el tiempo transcurrido, el mantenimiento de la oferta como así también el monto actual de la obra ... de acuerdo a la normativa aplicable vigente. ..."; además expresó que, en caso que el contrato se financie con aportes del Tesoro Nacional, "... se vislumbra una posible economía en los costos de ejecución de la obra...", pues sugiere la instalación de cañería de fabricación argentina.

A las fojas siguientes (fs. 19.869), se agregó una nota suscripta por el entonces Gobernador de la Provincia dirigida a la contratista, en la que le hace saber que el "...Tesoro Nacional estaría en condiciones de financiar en su totalidad la obra que nos ocupa. ...", por ello, le consultó si "...aceptaría el financiamiento antes mencionado, y de ser así, ..." "...el monto actual de la obra, el que debe contemplar la posible economía en los costos de ejecución de obra, ..." pues en esas condiciones "...posibilitaría instalar el total de la cañería de fabricación Argentina. ...".

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A las fojas 19.870 se agregó la respuesta de la contratista al requerimiento realizado por el entonces Señor Gobernador en la que expresa que "...acepta el financiamiento con Fondos del Tesoro Nacional...", luego, que dicha alternativa de financiamiento implicaba la inexistencia de la necesidad de proveer los tubos-cañerías- desde Brasil, pues consideró posible proveer la totalidad de la misma fabricada en Argentina; además informó que el monto redeterminado de la obra, a marzo de 2.015, lo había calculado en la suma de \$ 1.365.532.702,00.

A fojas 19.871 se agregó el texto de una nota suscripta por el entonces Gobernador de la Provincia y dirigida al Administrador de E.N.O.H.SA. en la que le hace saber lo expuesto por la contratista y a la foja siguiente dicho Administrador le informó al mismo Gobernador que, ante la decisión del Gobierno Nacional de financiar el CIEN POR CIENTO de la obra con recursos del Tesoro Nacional "... se otorga a la Provincia de La Pampa a través del presente instrumento, la NO OBJECIÓN TÉCNICA para que dé inicio en forma inmediata a la ejecución de la obra...".

La decisión referenciada en el párrafo anterior fue notificada por el entonces Gobernador a la contratista a fojas 19.873/76.

A fojas 19.877 el entonces Gobernador remite estos actuados a la Administración Provincial del Agua "... a los efectos de proceder a suscribir el Acta de Replanteo de la Obra."; "... en virtud de lo establecido por el artículo 2º del Decreto Nº 828/09".

A fojas 18.879/83 se agregó un proyecto de "ADDENDA AL CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA"" por el que se propiciaba, entre otras cosas, la modificación de la Cláusula Cuarta del Convenio suscripto el 31 de marzo de 2009. Por el mismo se proyectaba establecer que el E.N.H.O.SA. le reconocería a la Provincia el costo total de la obra "... con recursos del Tesoro Nacional, un financiamiento no reintegrable, ..." (CLAUSULA PRIMERA), y además en lo que interesa, en la CLÁUSULA TERCERA se establecía que el "E.N.O.H.SA." comenzaría a realizar los desembolsos contra la presentación de los informes de avance de financiamiento y de la correspondiente rendición de fondos realizada por la Administración Provincial del Agua -A.P.A.-, la que se

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

complementaba con la Cláusula Quinta que determinaba el procedimiento de rendición de cuentas entre la Provincia y el Estado Nacional. El mismo fue dictaminado en forma favorable por esta Asesoría Letrada de Gobierno a fojas 19.884, al entender que dicho instrumento se enmarcaba en las facultades otorgadas por el artículo 2º, de la Ley Provincial Nº 2.457.

A fojas 19.885/9 se agregó dicha "ADDENDA..." debidamente formalizada, con fecha 01 de julio de 2.015.

A fojas 19.891 se agregó "ACTA DE REPLANTEO E INICIO DE OBRA" de fecha 1º de julio de 2.015, por la que se le pusieron a disposición de la Empresa los terrenos e instalaciones necesarias a utilizar para la ejecución de las obras, dando inicio a los plazos contractuales a partir de allí.

En lo que respecta a la ejecución de la obra, luego de su inicio se agregó a fojas 19.893 la "ORDEN DE SERVICIO Nº 1", de fecha 2 de julio de 2.015 por la que se recuerda a la contratista su deber de cumplimentar el Pliego de Bases y Condiciones, tales, los artículos 49, 51, 59, 70, 71 y 97 que la Inspección de Obra consideraba incumplidos.

A fojas 19.894 se agregó la Nota de Pedido de Empresa Nº 1, de fecha 3 de julio de 2.015, por medio de la cual la Contratista solicitó redeterminación provisoria y definitiva de los precios del contrato.

A fojas 19.895 se adjuntó la Nota de Pedido de Empresa Nº 2, de fecha 3 de julio de 2.015, por medio de la cual la Contratista solicitó que se le efectúe el pago del anticipo financiero correspondiente al 10 % del contrato con monto redeterminado.

A fojas 19.904 se agregó la Nota de Pedido de Empresa Nº 3, de fecha 17 de julio de 2.015, por la cual la contratista solicitó mayor plazo para el cumplimiento de la Orden de Servicio Nº 1.

A fojas 19.905 se agregó la "ORDEN DE SERVICIO Nº 2", de fecha 10 de agosto de 2.015, librada por la Inspección de la Obra por la que se le comunicó a la Contratista que debido a que se encontraban vencidos los plazos para el cumplimiento de la

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

ORDEN DE SERVICIO Nº 1, estaba incurso en las causales de aplicación de las multas contractuales previstas en el artículo 82 del Pliego de Bases y Condiciones.

A fojas 19.906 se agregó la ORDEN DE SERVICIO Nº 3, de fecha 31 de agosto de 2.015, por la cual la Inspección de Obra le comunicó a la Contratista los días que, a su juicio, habían corrido desde que se encontraba en mora en el cumplimiento de los artículos 49, 51, 59, 61, 70, 71, 91 y 97 del Pliego de Bases y Condiciones.

A fojas 19.907/8 se agregó la Nota de Pedido de Empresa Nº 4, de fecha 31 de agosto de 2.015, mediante la cual la Contratista solicitó la paralización o ajuste en el plazo de la obra, motivada en el cambio de provisión de tuberías (brasileras por argentinas) lo que readecuaría el plan de trabajos; asimismo informó que los insumos que debía proveer, de acuerdo al contrato, se encontraban discontinuados o eran inexistentes en el mercado, por ello solicitó una ampliación de plazo de 60 días hábiles.

A fojas 19.909 se agregó la Nota de Pedido de Empresa Nº 5, de fecha 22 de septiembre de 2.015, mediante la cual la Contratista manifestó que, atendiendo "... a las conversaciones mantenidas y como consecuencia de la nacionalización del crédito que trae aparejada la producción de los tubos P.R.F.V en la Argentina, ..." adjuntó economías y demasías de la obra, y solicitó que mientras se desarrollara el análisis pertinente se procediera a la paralización de los plazos contractuales.

A fojas 19.910 se agregó "ACTA DE PARALIZACIÓN DE OBRA CON SUSPENSIÓN DEL PLAZO CONTRACTUAL", la que se celebró Ad Referéndum del Poder Ejecutivo Provincial y se fundó en la Nota de Pedido de Empresa Nº 5 antes referenciada. Dicho instrumento dejó aclarado que la contratista "... renuncia a todo posible reclamo por reconocimiento de diferencias de precios por mayores costos y gastos improductivos que puedan originarse a consecuencia de la suspensión del plazo contractual.- ...".

A fojas 19.913/34 se agregó la documentación referida a las demasías y economías, y redeterminación de precios contractuales referidas, y a fojas 19.941/2 se agregó Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 562/15, de fecha 29 de septiembre de 2015 que aprueba el "Acta de Paralización de Obra Nº 2" (artículo Nº 1).

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A fojas 19.951 se dispuso agregar a este trámite los expedientes Nº 13.964/2015 y 14.022/2015 (r.M.G.E.S.) ambos referidos al trámite legislativo impulsado por el Poder Ejecutivo Provincial por el que propiciaba se lo autorice a incorporar al presupuesto de gastos y cálculos de recursos las economías que se generaran con motivo del financiamiento de la obra por parte del Poder Ejecutivo Nacional y destinarlas a las demás que se proyectaban (Art. 1º, proyecto de fs. 19.955).

A fojas 19.972 el Señor Ministro de Obras y Servicios Públicos solicitó de este Órgano Asesor el análisis y consideración que se viene realizando.

B) Ahora bien, del análisis de estos actuados desde su inicio hasta el llamado a licitación (Decreto Nº 594/09 de fojas 1.913/4), inclusive hasta el acto de preadjudicación (Resolución nº 133/10 MOSP de fojas 18.055/6) no se advierten anomalías en el trámite o vicios que lo invaliden.

Sin embargo, a partir del acto mismo de adjudicación (Decreto Nº 34/13 de fojas 19.526/9) se advierte una absoluta, sistemática y encadenada violación de los antecedentes de hecho y derecho que debían justificar el actuar administrativo.

Efectivamente, el Pliego de Bases y Condiciones define en el artículo 1º titulado "OBJETO DE LA LICITACION", "Objeto del "llamado" que, "La presente Licitación Pública, tiene por objeto contratar la financiación parcial, suministro de materiales, y ejecución de las obras del Acueducto del Río Colorado y Obras Complementarias al Norte de la Ciudad de Santa Rosa."

Es decir, la documentación licitatoria define tres objetos de la licitación o "del llamado", siendo uno de ellos el contratar la financiación parcial de la obra.

La totalidad del trámite -todos los antecedentes de hecho y derecho de estas actuaciones- son contestes y dan cuenta de la trascendencia que tuvo y tiene ese objeto en el llamado a licitación.

Dicho objeto tuvo un rol preponderante en el "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", de fecha 31 de marzo de 2.009, suscripto por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y el

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

entonces Gobernador de la Provincia ya señalado, por el que el Estado Nacional y la Provincia de La Pampa definieron los términos y condiciones de la documentación licitatoria (cláusula "SEGUNDO") y la forma y modo en que se realizaría la asistencia financiera del Estado Nacional para la ejecución de la obra (Cláusula "CUARTA").

Inclusive más, el propio comitente -Estado Provincial- valoró dicho antecedente -el "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA ..." - y lo incorporó al Pliego de Bases y Condiciones mediante la CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1" (fs. 1.932/2.076), debido a que por el artículo 16, del Tomo I del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación, se estableció que, "... Las circulares emitidas como consecuencia de las consultas formuladas por los interesados, como aquellas que el COMITENTE efectúe de oficio, pasarán a formar parte del presente PLIEGO. ..." (párr. 5º).

Recuerdo que la Cláusula "CUARTO", del mencionado convenio, dispuso que el E.N.H.O.SA. se comprometía a brindar a la PROVINCIA el financiamiento necesario para la ejecución de la obra -con carácter de no reintegrable- mediante "a) el aporte de recursos presupuestarios del ENOHSA ... en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional en los ejercicios pertinentes; ..." y, "...b) mediante la formalización de operación/es de crédito público destinada/s a obtener los recursos adicionales que resulten necesarios..."..

También, las mismas bases del llamado, en los artículos 39 y 41, definen con claridad los recaudos que deben cumplirse, tanto respecto del acto de "ADJUDICACIÓN" de la obra, como al momento de la "FIRMA DEL CONTRATO". Más, el "ANEXO XXI" también establece los términos del "MODELO DE CONTRATO" de obra pública que debían formalizar el oferente adjudicatario y la administración.

Efectivamente, en el contexto de antecedentes administrativos reglados, y por el "OBJETO de la LICITACION" (art. 1º P.B.C.), el mencionado artículo 39, en lo que interesa establece que, dictado el acto de adjudicación "... se requerirá al oferente que resulte adjudicatario, a los efectos de la suscripción del CONTRATO, la siguiente documentación: ... g) Compromiso firme de financiamiento, en los términos ofertados, emitido por la entidad financiera respectiva. ...". El mismo inciso

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

g), a párrafo seguido, establece en forma terminante que, "... La ausencia de cumplimiento de este requisito conllevará la revocación del **acto de adjudicación**, sin compensación alguna para el oferente, y con la consiguiente ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta. ...".

En dos párrafos subsiguientes el citado artículo 39 establece el **procedimiento a cumplir a esos fines**:

Expresan al respecto los mismos que, "El COMITENTE otorgará un **plazo de quince (15) días hábiles administrativos** a la empresa adjudicataria, computados a partir de la notificación del acto respectivo, **para presentar la documentación enumerada en el presente artículo.**"

"**Vencido el plazo sin haberse cumplido con la documentación requerida, el COMITENTE podrá dejar sin efecto el acto de adjudicación y proceder a adjudicar a la empresa que sigue en orden de mérito, siempre que el FINANCIAMIENTO OFRECIDO por ésta resultare conveniente, sobre la base de lo previsto en el artículo 36 del PBC.**"

En ese marco normativo, el tercer párrafo del artículo 41 de las Bases del llamado a licitación establece -con absoluta contundencia- que, "... **Simultáneamente con la suscripción del CONTRATO con el COMITENTE, deberá formalizarse la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO, y en las condiciones aprobadas por las autoridades competentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del PBC. ...**".

Ahora bien, **el acto administrativo de adjudicación violó todos y cada uno de los antecedentes de hecho y derecho antes mencionados.**

Efectivamente, el artículo 2º del Decreto nº 34/13 (fs. 19.528) aprobó "...el modelo de contrato a suscribir con la Empresa Adjudicataria de la obra, que como anexo forma parte del presente Decreto ..." y autorizó al Ministro del ramo a su suscripción. Dicho modelo no responde -en sus términos y alcances- al "MODELO DE CONTRATO" del "ANEXO XXI" del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación que tanto el adjudicatario como la propia administración se obligaron a suscribir, sino

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

que suspendió, bajo condición resolutoria, los efectos de uno de los objetos "...del llamado...", pues incorporó en el artículo 7º una "CLAUSULA TRANSITORIA" (fs. 19.531) que contiene una condición resolutoria del contrato de obra pública que permite su formalización sin que "Simultáneamente ..." se formalice "...la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO, y en las condiciones aprobadas por las autoridades competentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del PBC...", en flagrante violación al artículo 41 del Pliego de Bases y Condiciones.

El artículo 3º, último párrafo, del Decreto adjudicante perfecciona esa transgresión, al establecer que ya formalizado el contrato de obra pública se suspenden los plazos contractuales para la firma del acta de replanteo de la obra hasta la concreción del financiamiento, cuando establece que, "... Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzará en el plazo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación para la firma del acta de replanteo de la obra..."; texto de similar tenor al contenido en el último párrafo de la "CLAUSULA TRANSITORIA" séptima del contrato que ya había aprobado por el artículo 2º.

Con ello, también se vulneró el último párrafo del artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación, que establece un plazo de 30 días corridos, computados a partir de la fecha de la firma del contrato, dentro del cual debía formalizarse el Acta de Replanteo de la obra.

Por último, el "modelo" aprobado por el artículo 2º del Decreto Nº 34/13 se materializó en contrato de obra pública el día 20 de marzo de 2013, conforme surge de fojas 19.602/3, sin que el oferente haya cumplimentado la exigencia del inciso g) del artículo 39 del P.B.C., esto es, sin haber acompañado el "Compromiso firme de financiamiento, en los términos ofertados, emitido por la entidad financiera respectiva. ..", requisito que el pliego sanciona con "...la revocación del acto de adjudicación, sin compensación alguna para el oferente, y con la consiguiente ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta. ...", y tampoco en ese acto, y "... Simultáneamente...", se formalizó "...la operación de crédito con el ESTADO

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO.
....”.

Además, recuerdo que la copia certificada del “CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA “ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA”, de fecha 31 de marzo de 2009, suscripto por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y el entonces Gobernador de la Provincia, Contador Oscar M. JORGE, agregada a fojas 1.094/8, dispuso que, “...El borrador de dicho contrato deberá contar con la anuencia del ENOHSA...” (Cláusula “SEGUNDO”, apartado c), in fine); tal requisito no se verifica en el expediente.

También, el mentado convenio estableció que, “... Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones relativas al financiamiento de obra, así como la eventual aprobación y formalización del financiamiento, deberán contar con la aprobación de la autoridades nacionales competentes, de conformidad con lo regulado por la Ley 24.156, el Decreto Nº 1344/07 y las normas complementarias que resulten competentes. ...” (“CUARTA”, apartado b), tercer párrafo)).

Luego de este derrotero de violaciones a las normas del llamado a licitación, resulta casi anecdótico el señalar que, al momento del dictado del mentado acto administrativo de adjudicación (13/02/13) y también a la hora de la firma del contrato de obra pública que aprobó (20/03/2013), el crédito público que debía financiar la obra no se encontraba autorizado.

Efectivamente, el Dictamen de Calificación del crédito público, respecto de la obra que me viene ocupando, emitido por los organismos nacionales competentes “...se encontraba vencido desde el 30/06/2010. ...”, tal como lo informa la nota agregada a fojas 19.609/12 -de fecha 28 de Octubre de 2.013- suscripta por el Administrador del E.N.O.H.SA., remitida al entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos de esta provincia, Ing. Jorge V. VARELA.

Con lo dicho, el **acto administrativo de Adjudicación** -suscripto por el entonces Gobernador de la Provincia, Contador Oscar Mario JORGE-, y su **contrato de obra pública** consecuente, **desconocieron los antecedentes de hecho y derecho**

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

agregados al trámite, respecto a la forma y modo que debía formalizarse el financiamiento de la obra que me ocupa.

Se violentó el procedimiento que va desde la adjudicación hasta el perfeccionamiento del contrato, también los términos, condiciones y alcances del modelo de contrato de obra pública al que las partes -Adjudicatario y Comitente- se habían obligado a suscribir (cfr. ANEXO XXI, del P.B.C.), omitiendo exigir documentación previa que habilita la formalización del mismo, cuya omisión se sancionaba con la resolución de la adjudicación; habilitó la formalización del contrato de obra pública permitiendo el no cumplimiento de uno de los objetos de la licitación, cual es, la contratación de la financiación parcial de la obra (art. 1º, P.B.C.), y logró ponerlo en crisis, todo contraviniendo expresas normas del Pliego de Bases y Condiciones que rigen la licitación (arts. 39, 41 y 48). Además, también violentó el artículo 11 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, pues permitió la formalización del contrato de obra pública aún no habiéndose garantizado y concretado su financiamiento.

Además, también violentó el artículo 45 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, y los artículos 48 y 49 del Pliego de Bases y Condiciones.

Efectivamente, el artículo 45 de la Ley General de Obras Públicas establece que "Una vez firmado el contrato, la iniciación y realización del trabajo se sujetará a lo establecido en los pliegos de condiciones y especificaciones que sirvieron de base para la licitación directa de las obras.", mientras que por los artículos 48 y 49 de Pliego de Bases y Condiciones se establece que el ACTA de Replanteo debía formalizarse dentro de los 30 días de la fecha de la firma del contrato (48), y el contratista estaba "...obligado a dar inicio efectivo de los trabajos dentro de los CINCO (5) días hábiles a partir de la fecha del Acta de Replanteo. ...", entre otras obligaciones contractuales (art. 49).

Por último, no puedo soslayar que el viciado Decreto Nº 34/13 agregado, a fojas 19.526/9 y su ANEXO, han omitido el cumplimiento de los controles establecidos por las normas aplicables.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Ciertamente, el artículo 37 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, establece que "El Poder Ejecutivo, previo dictamen del Consejo de Obras Públicas, procederá a la adjudicación de las obras o rechazo de propuestas."; dicho precepto legal obliga al emisor del acto de adjudicación a ponerlo a consideración del mentado **Cuerpo consultivo**, previo a su dictado.

Se advierte el apego al precepto de control transcrito, respecto de los modelos de decreto y de contrato que se proyectaron a esos fines y se agregaron a fojas 18.079/81 y 18.082/3, -el modelo de contrato responde en su texto al ANEXO XXI, del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación-; a ese respecto véase la ya mencionada Resolución Nº 274/10 del Consejo de Obras Públicas agregada a fojas 18.710, la que, para aconsejar como lo hizo -aprobar lo actuado- tuvo expresamente en consideración, entre otra documentación, la "... de fojas 18.079/18.081,..." donde "...se agrega el proyecto de Decreto..." y de "...fojas 18.082/18.083..." donde "...el modelo de Contrato..." (considerando 10).

Del mismo modo respecto del proyecto del decreto agregado a fojas 18.803/5, que fuera elaborado a raíz de las correcciones y observaciones que requiriera Contraloría Fiscal a fojas 18.801/2 (respecto del agregado a fojas 18.079/81), el que fue intervenido por el Consejo de Obras Públicas según consta a fojas 18.808.

Más, dichos proyectos fueron remitidos a la Asesoría Legal delegada de este Organismo, actuante ante el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, para su análisis tal como surge de las intervenciones legales de fojas 18.711 y 18.809.

Sin embargo, dicho deber legal se omitió respecto del Decreto 34/13 y su ANEXO (fs. 19.526/31), puesto que difieren en su texto de los anteriores intervenidos, y además contravenían de forma grave y manifiesta los antecedentes de hecho y derecho obrantes en el expediente.

También, el Decreto Ley 513/69 -"LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA" (T.O. DECRETO 635/1989)- establece que "El Tribunal de Cuentas tiene competencia para: a) intervenir en el control previo, y en el ulterior juzgamiento de las rendiciones de cuentas, de las operaciones financiero-patrimoniales de los Poderes del Estado y de los organismos autárquicos o

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

descentralizados, a fin de verificar la legitimidad de los trámites; ..." (CAPITULO I – COMPETENCIA - Artículo 1°), y en ese marco "Los poderes públicos del Estado y los organismos autárquicos o descentralizados, darán vista por diez (10) días al Tribunal, de toda actuación por la que se proyecte disponer, aprobar, modificar, suspender, rechazar, dejar sin efecto o anular: 1° La adjudicación en concesiones, licitaciones públicas o privadas, concursos de precios o contrataciones directas; ..." (CAPITULO II - Control Previo - Artículo 2°).

Advierto el mismo apego al cumplimiento del deber legal impuesto por la norma de control citada en el párrafo anterior, respecto tanto de los modelos de decreto como del contrato que se proyectaron y agregaron a fojas 18.079/81 y 18.082/3 -inclusive hasta se advierte celo en el cumplimiento normativo en la nota de fojas 18.800-, tal como surge de la intervención de 18.801/2 de Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas.

Del mismo modo, la forma diligente de actuar se advierte en relación con el proyecto del decreto agregado a fojas 18.803/5, que fuera elaborado a raíz de las correcciones y observaciones que requiriera esa misma Contraloría Fiscal a fojas 18.801/2, intervenido a fojas 19.516, intervención por la que se "...conforma..." definitivamente el trámite.

Sin embargo, como se dijo, el acto administrativo de adjudicación y el contrato de obra pública que aprobó (ar.t 2º) -que en su texto no coincide con el intervenido-, omitieron el "Control Previo" de Legalidad que realiza el tribunal de Cuentas provincial. Con ello, podría incluso caberles a los responsables de dicha omisión, el trámite que establece el artículo 7º, siguientes y concordantes del Decreto Ley Nº 513/69.

Por todo lo expuesto, se puede afirmar sin hesitación que el Decreto Nº 34/13 emitido por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, contravino los antecedentes de hecho y de derecho que debieron tenerse en cuenta para su dictado. Más, de habérselos tenido en cuenta, el propio marco normativo prevé su revocación y el contrato de obra pública nunca podría haberse formalizado (art. 39, inc. g), P.B.C.). Con ello, se violó el principio Constitucional de igualdad y sus

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

derivaciones en el ámbito administrativo, y en el caso, los de trato igualitario y libre competencia en una licitación, pues la Administración está imposibilitada de alterar las bases generales y los pliegos una licitación, pues de otro modo se torna ilusorio el principio de igualdad ante la ley.

En forma genérica, el acto administrativo desconoció de forma grave y manifiesta una regla de inexcusable cumplimiento, y principio rector de todo proceso licitatorio, que establece que "...La adjudicación recaerá sobre la propuesta que a juicio de la administración sea más ventajosa, siempre que esté arreglada estrictamente a las bases y condiciones que se hubieren establecido para la licitación, ..." (art. 35, Ley General de Obras Públicas Nº 38).

B.1) La doctrina y la jurisprudencia -con contundencia y certeza- son contestes en el análisis y solución legal del tema.

En primer lugar, conviene clarificar que, "... La licitación Pública se caracteriza por la mayor rigidez de su procedimiento y por la relevancia que adquiere la publicidad de la demanda estatal. Su procedimiento es reglado y excluye casi totalmente la discrecionalidad. El rigor puesto por la ley no tiene por causa un criterio formalista sino la necesidad de asegurar estrictamente el trato igualitario de los oferentes, garantía ésta que aparece como un compromiso público específico. ...", con ello, "... Los pliegos son imprescindibles en todos los regímenes de selección del Estado porque el acto de adjudicación se fundamenta sobre ellos. Todos los documentos que forman parte del llamado para contratar -pliegos generales, particulares y complementarios- constituyen la ley del contrato administrativo que se perfeccionará con posterioridad, según lo tiene resuelto la doctrina de la Corte Suprema de la Nación " -citando "C.S.N., Fallos 179, pág. 249, y t. 87, pág. 20"-, "... Por ello, las previsiones de los pliegos no pueden ser alteradas durante el proceso seleccionario ni tampoco durante la ejecución del contrato..." (Bartolome A. FIORINI - Ismael MATA - "LICITACIÓN PÚBLICA - Selección del Contratistas Estatal", pág. 59 y 60, 80 - ABELEDO PERROT - Buenos Aires).

Es más, "... Los pliegos de condiciones generales sólo pueden modificarse por una norma general pero se mantienen inalteradas las situaciones contractuales en

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

virtud del vínculo que nace de la ley particular creada por las partes Tales situaciones jurídicas refieren al objeto de la prestación, al precio, a la forma de pago, a las garantías, es decir, todo aquello que une a las partes como creadoras de relaciones jurídicas, especialmente de carácter económico. ...". (op. cit., pág. 80).

En ese entendimiento "En los contratos en que interviene la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública. ...". (C.S.J.N. "Radeljak, Juan Carlos c/ Administración General de Puertos s/ ordinario." 29/12/1988 - T. 311, P. 2831).

Pues, "Aún tratándose de contratos administrativos, el principio es siempre el cumplimiento de lo pactado: *pacta sunt servanda*.", pues "La ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan o resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo.". (C.S.J.N. "Necon S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario" - 04/06/1991 - T. 314, P. 491, y T. 311, P. 2831).

Nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial en el antecedente caratulado "TECNO ACCION SOCIEDAD ANONIMA c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa", expediente n° 213/96, letra d.o. ha definido con contundencia que "...La Administración está imposibilitada de alterar las bases generales del pliego, pues de otro modo resultaría ilusoria la garantía de la licitación, requerida por la Constitución y las leyes, y se estaría violando el principio de igualdad. ..." (considerando 3º, "CUARTA CUESTION").

Analizó que, "...Uno de los presupuestos fundamentales del procedimiento de contratación, que hace a la *ratio iuris* de la licitación y de los demás procedimientos de selección, es que los sujetos concurrentes tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación.-..." (considerando 15, "CUARTA CUESTION").

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Entonces, "... Con lo expresado precedentemente, el principio de igualdad exige que desde los inicios del proceso licitatorio hasta la adjudicación del contrato, o hasta la formalización de éste, todos los licitadores u oferentes se encuentren en la misma situación, contando con las mismas facilidades y haciendo sus ofertas sobre idénticas bases.- ...". (considerando 18, "CUARTA CUESTION").

"...El Pliego de Condiciones elaborado unilateralmente por el Instituto de Seguridad Social, establecía reglas generales e impersonales que mantenían el principio de igualdad, permitiendo que las empresas oferentes hicieran sus ofertas sobre bases idénticas.-...". (considerando 19, "CUARTA CUESTION").

"...La adjudicación efectuada por el órgano licitante en favor de ... , alterando el Pliego de Condiciones, por incumplimiento de las normas que regían el procedimiento de selección de los co- contratantes viola uno de los principios jurídicos esenciales que hacen, como se expresó anteriormente, a la ratio iure de la licitación.-...". (considerando 20, "CUARTA CUESTION").

"...Hacemos nuestros los conceptos vertidos por Roberto Dromi en la obra citada ut supra cuando dice: "... toda ventaja concedida por el licitante en favor del licitador, que simultáneamente no haya sido efectuada en beneficio de los demás oferentes, también lesiona e infringe el principio de igualdad, viciando de nulidad los actos del procedimiento y el contrato mismo que ulteriormente pueda formalizarse ... " (pág. 138).-...". (considerando 21, "CUARTA CUESTION").

"...Tanto la doctrina como la jurisprudencia en forma unánime, han entendido la significación jurídica que tiene el principio de igualdad en el procedimiento de contratación administrativa, viciando de nulidad -en este caso el acto administrativo de preadjudicación y adjudicación- por incumplimiento, violación o no aplicación del precitado principio.-...". (Conf. Dictamen Procuración del Tesoro de la Nación n° 177)...". ("TECNO ACCION SOCIEDAD ANONIMA c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa", expediente n° 213/96).- ...".(considerando 22, "CUARTA CUESTION").

B.1.1) A ese respecto, siguiendo a Manuel María Díez, puede sostenerse que el acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta -especial-, y debe

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

emanar de un órgano de la administración activa, como así que el órgano debe obrar en ejercicio de una potestad administrativa ("El Acto Administrativo", pág. 111/2, TIPOGRAFÍA EDITORA ARGENTINA S.A. - Segunda Edición - 1.961), pues tal actividad administrativa debe cumplir con recaudos legales que determinan su validez y eficacia, respecto del sujeto emisor del acto, respecto de la causa o motivo que lo justifica, también del contenido u objeto del mismo y su forma, por ser éstos elementos esenciales del acto administrativo (cfr. arts. 37, sig. y conc. N.J.F. N° 951).

En ese entendimiento, Miguel S. Marienhoff define los elementos esenciales del acto como aquellos que "deben concurrir inexcusablemente para que el acto administrativo se repute válido y eficaz ...", luego, "...La falta de esos elementos, o de alguno de ellos, determina que el acto administrativo sea "viciado"...", y puntualiza que, "...deben considerarse esenciales los siguientes elementos: sujeto, causa, objeto, finalidad, forma, moralidad...". ("Tratado de Derecho Administrativo", pág. 279 - Tomo II, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.981).

Y Juan C. Cassagne, apunta que "Los elementos subjetivo, causa, objeto, forma y finalidad tienen un carácter esencial en cuanto su inexistencia provoca la invalidación del acto administrativo...". ("Curso de Derecho Administrativo", pág. 607 - Tomo I - Editorial La Ley, Buenos Aires, 2011).

Desde la doctrina, se ha sostenido que el elemento causa se vincula con "...la serie de antecedentes o razones de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto administrativo..." (Hutchinson, Tomás: Régimen de Procedimientos Administrativos; pág. 74, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992)".

En el mismo sentido, en la causa Somerfin (CNFedContAdm, 22/10/85), la Sala IV de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, señaló que la norma establece que el acto deberá sustentarse en los hechos y antecedentes que sirvan de causa y en el derecho aplicable.

B.1.2) Respecto a los efectos que acarrea en el acto administrativo el vicio en dicho elemento esencial, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que, "... la ley Nacional de Procedimientos Administrativos se enrola en una concepción

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

objetivista que considera que la causa –como elemento del acto administrativo– está constituida por los antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho que justifican su dictado o, en otras palabras, que en cada caso llevan a producirlo (v. Dictámenes 93: 41 y 124: 53). Ello, se desprende de manera categórica de lo dispuesto por el artículo 14 de la ley N° 19.549 que, en su inciso b), incluye a la falta y a la falsedad de causa como uno de los vicios que acarrearán la nulidad absoluta del acto administrativo. ...”. (Expte. N° 01- 0071924/07 EX MINISTERIO DE ECONOMÍA Y OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS)

También se ha dicho que “...La mención de los motivos del acto es un índice de su legalidad. La motivación del acto es la mención de las circunstancias o de las consideraciones que justifican el contenido del acto. ...Si la motivación es obligatoria, su falta, insuficiencia o su carácter contradictorio es causa de invalidez ... Si el acto está en contraste con los documentos que figuran en el legajo habrá que motivarlo. El acto administrativo debe ser necesariamente fundado por ser la única manera de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales que fijan el límite de competencia de los funcionarios y de las formas que deben guardar para evitar la arbitrariedad.”. (Manuel María DIEZ, op. cit., pág. 240/2).

Como que “...b) “Causa”. La “causa” es un elemento esencial del acto administrativo, si falta la causa jurídica, el acto administrativo estará viciado. ¿Qué debe entenderse por “causa” del acto administrativo? ... Por “causa” del acto administrativo ha de entenderse los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que en cada caso llevan a dictarlo. Va de suyo que tales “antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho” deben existir o concurrir al tiempo de emitirse el acto: de ello deriva la improcedencia de la condición “suspensiva” como elemento accidental de los actos administrativos. ...”. (Miguel S. MARIENHOFF, “TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO”, Tomo II, Tercera edición, actualizada. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1981, pág. 293 Y 295).

De igual modo, “... Ha señalado Fiorini, con acierto, que la causa primaria de todo acto administrativo radica en la juridicidad primaria que proviene de la Constitución Nacional, a partir de la cual adquieren significación para el derecho, los hechos, las

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

conductas y los restantes componentes normativos del ordenamiento. ...La causa que funda el dictado de un acto administrativo son las "circunstancias de hecho y de derecho" que motivan su emisión y, según la PTN, no puede ser "discrecional", porque debe hallarse referida a circunstancias perfectamente verificables. En cuanto a los antecedentes de derecho, el órgano asesor citado a señalado que las reglamentaciones dictadas por la propia administración integran el bloque de legalidad al que ésta se debe ajustar al emitir los actos individuales de aplicación de aquellas y ha puntualizado, asimismo, que la circunstancia que determina la validez de un acto administrativo individual consiste en la correspondencia de éste último con el derecho objetivo vigente al momento de su dictado; ello constituye la esencia del principio de legalidad de la actividad administrativa. Y en lo referente a los antecedentes de hecho vinculó el ejercicio de facultades discrecionales con la apreciación de ellos, sosteniendo que la apreciación o valoración de las razones de oportunidad, mérito o conveniencia pertenecen al ámbito de facultades discrecionales del organismo competente, las que, no obstante, tienen ciertas limitaciones jurídicas, entre ellas, que tal discrecionalidad debe enmarcarse en la real existencia de los hechos objetivos que se invoquen como causa del acto. ...". (Julio R. COMADIRA y Otros, "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, Primera Edición, Abeledo- Perrot, 2012, Buenos Aires. Pág. 400).

Del mismo modo, "La mención de los motivos del acto es un índice de su legalidad. La motivación del acto es la mención de las circunstancias o de las consideraciones que justifican el contenido del acto. ... Si la motivación es obligatoria, su falta, insuficiencia o su carácter contradictorio es causa de invalidez. ...". (Manuel María DIEZ, op. cit., pág. 240/1).

También, "... Por nuestra parte, pensamos que la causa del acto no puede consistir, exclusivamente, en la voluntad del agente; por ende siempre es necesario que ella se sustente en factores objetivables. Por tal razón estimamos que son nulos por falta de causa, lo actos que, genéricamente, intentan fundarse en "razones de servicio" o de "oportunidad, mérito o conveniencia" sin explicitación concreta de ellas, a lo que cabe agregar la deficiencia que ello implica respecto de la motivación a la que también se la debe considerar afectada gravemente. ...". (Julio R.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

COMADIRA y Otros, "Curso de Derecho Administrativo", pág. 400, Tomo I, Primera Edición, Abeledo- Perrot, 2012, Buenos Aires.).

Referido puntualmente a la Licitación Pública, "... La actividad de selección se desenvuelve a través de actos de procedimientos, cuyo conjunto constituye la "forma de la voluntad administrativa", según la expresión tradicional, y la teoría de los vicios de los actos administrativo se debe aplicar en el proceso de selección cuando se infringen las reglas del correcto tratamiento de los oferentes. ...", con ello, "...En el proceso de selección del contratista la irrazonabilidad puede aparecer durante la formación del acto -etapa llamada de la "voluntad declarante"- o bien cuando el acto ya se ha formado -"voluntad declarada"- . En ambos casos se trata de una incoherencia o contradicción entre el antecedente y su consecuente o de un quebrantamiento de las leyes lógicas que vicia de error a la conclusión. ...". ("LA LICITACIÓN PÚBLICA - Selección del contratista estatal", pág. 175 y 178)

La Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que "En tal virtud, el acto atacado, al fundarse en una circunstancia de hecho no comprobada, como es la extemporaneidad en la presentación del Manifiesto de Exportación por parte del Agente de Transporte Aduanero, se encuentra viciado el elemento causa, razón por la cual, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 inciso b), de la Ley N° 19.549 resulta nulo, de nulidad absoluta e insanable. ...". (Dictámenes 276:175).

Por cuanto "...La comprobación de la causa consiste en la constatación o apreciación de un hecho o un estado de hecho. El supuesto de hecho, en tanto proviene directamente de la norma atribuida de la potestad, es siempre un elemento reglado del acto. 2.2 En la misma línea esta Procuración del Tesoro expresó que ...es nulo el acto administrativo que desconoce arbitrariamente la situación de hecho existente o que pretende fundarse en circunstancias de hecho que no han tenido lugar (v. Dictámenes 93:41 y 124:53). ...". (Dictámenes 276:175)

El mismo Órgano Asesor Nacional ha completado el concepto al expresar que, "... Ello, por cuanto ...el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales (...) encuentra su ámbito de actuación por un lado, en los elementos reglados de la decisión (...) esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

finalidad (...) y por otro, en el examen de su razonabilidad., (sentencia del 25-11-97, recaída in re Solá, Roberto y otros c/ Estado Nacional-Poder Ejecutivo s/Empleo Público, Rev. El Derecho del 16-7,-98, pág. 4). Cabe señalar que en el decisorio en cita la Corte entendió que afirmaciones, tales como mala conducta o situación de conflicto no bastaban por sí solas para dotar al acto administrativo del elemento causa, en tanto no se había invocado hecho concreto alguno para atribuir mala conducta, lo que conducía a descalificarlo por vicio grave, en la causa (v. arts. 7', inc. b, y 14, inc. b, de la Ley No 19.549). En el voto emitido por el doctor Bossert en el fallo en comentario se lee que "...la causa que dé origen al acto administrativo debe ser cierta, efectiva, sincera y no implicar una forma disimulada o encubierta de obviar la garantía de estabilidad. En este orden de razonamientos, también la doctrina ha sostenido que Los hechos y las conductas que concurren para integrar y presupuestar la causa de los actos administrativos deben ser producto de la verificación cierta, exacta y correcta de su existencia. La causa del acto, en esta faz, debe responder a la verdad objetiva (Fiorini, Bartolomé "Derecho Administrativo", pág. 415, Ed. Abeledo Perrot, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 1976). ..." (Dictámenes 236:91).

En un caso similar, el prestigioso Órgano Asesor Nacional ha expresado que, "...De las normas transcriptas surgen los recaudos que se deben cumplimentar a fin de que se configure el supuesto de prórroga de contrato, a saber: 4. Ahora bien, del análisis de las constancias de la causa se advierte que, a tales efectos, no se han cumplido los recaudos señalados, ... Consecuentemente, puede afirmarse que, en el caso, no ha existido prórroga alguna al contrato en cuestión. Siendo ello así, la Resolución recurrida en tanto dispuso la rescisión de una prórroga no otorgada, resulta ilegítima por contener en su casusa y en su objeto. ...Por tal motivo, en la especie, la inexistencia de la prórroga determina la falta de causa del acto en cuestión. ...". (Dictámenes 278:254).

Por último, y con contundencia, ese Alto Órgano Consultivo Nacional ha expresado que, "Por lo demás y desde otra perspectiva, cabe acotar que el Acta Acuerdo celebrada con la empresa fue llevado a cabo en virtud de las facultades conferidas al ex Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos por el Decreto No 918/97.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Este último decreto, si bien instruyó al ex Ministro para renegociar el contrato, lo hizo en razón de resultar menester incorporar nuevas áreas geográficas al ámbito de la concesión, valorizar los trabajos inherentes a la profundización de la vía navegable y, asimismo, realizar obras tendientes a mejorar la seguridad de la navegación (v. párrafo tercero del Considerando). Ello, sin alterar la ecuación económica financiera resultante del contrato original (v. art. 1o). En consecuencia, puede válidamente concluirse que lo dispuesto en el Acta Acuerdo celebrada entre el Estado Nacional y la Concesionaria en lo que se refiere a la previsión de su Cláusula Décimo Primera carece de todo fundamento jurídico y, por ende, resulta nulo e inoponible al Estado Nacional.”

“2.2. Teniendo en cuenta lo que se viene de exponer, no resulta dudoso considerar que el Estado Nacional exteriorizó su voluntad en el Acta Acuerdo en cuestión y adoptó una decisión que, como ha quedado dicho, es ilegítima. Al respecto, merece traerse a colación el criterio sostenido por esta Procuración del Tesoro en cuanto a que los vicios manifiestos que no requieren de una investigación de hecho para detectarlos provocan una nulidad igualmente manifiesta, categoría ésta que cumple una función esencial para el mantenimiento del principio de legalidad y comporta una eficaz protección contra la ejecución de aquellos actos administrativos que portan vicios notorios, los que carecen de presunción de legitimidad, circunstancia determinante para que la Administración disponga su nulidad absoluta (v. Cassagne, Juan Carlos; Derecho Administrativo, Tº III, págs. 173 y SS.) (v. Dictámenes 235: 446).”

“También se agregó en el mencionado dictamen que pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular (V. Hutchinson, Tomás; Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Tº 1, pág. 373). Se puso de manifiesto que la Procuración del Tesoro de la Nación había sostenido que el acto administrativo afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del artículo 17 de la Ley No 19.549 no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Administración, frente a actos irregulares, a disponer la revocación (v. Dictámenes 183:275 y 221:124)".

"Asimismo, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad (v. CSJN, 23-4-91, Furlotti Setien Hnos. S.A. c/Instituto Nacional de Vitivinicultura, LL 1991-E:238; v., en igual sentido, CSJN, 9-6-87, Budano R. c/Facultad de Arquitectura, LL 1987-E:191)."

"También ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de Derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario (v. Fallos 265:349)."

"Las precedentes consideraciones me llevan a encuadrar la hipótesis de autos en la causal contemplada en el artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos No 19.549 (conocimiento del vicio del acto por parte del particular administrado) y sobre tal base corresponde declarar la nulidad de la Cláusula Décimo Primera del Acta Acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la Concesionaria con fecha 3 de octubre de 1997. ...". (Dictámenes 240:388)

Recuerdo lo que puntualmente nos enseña Bartolomé A. FIORINI junto a Ismael MATA, cuando expresa que "... Las previsiones del contrato no pueden alterar o derogar las normas contenidas en los pliegos y en los documentos que rigieron el llamado. La infracción a este principio puede provocar la nulidad del contrato como lo sostuvo en varias oportunidades la Corte Suprema Nacional. La interpretación del

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

contrato administrativo, a diferencia de lo que acontece en el contrato privado, atiende fundamentalmente a los documentos y actos que regularon el proceso de selección. ...", con cita al pie de la "C.S.N., Fallos, t.97, pág. 20, t.179, pág. 289; "Jurisprudencia Argentina", t. 75, págs. 20 y ss.". (Bartolome A. FIORINI – Ismael MATA , op. cit., pag. 163).

Y agrega "... Aún sin estas previsiones constitucionales o legales que comentamos debe aceptarse que la administración pública está facultada para anular directamente ciertos actos del proceso selectorio cuando aparezcan en forma indubitable e inoponible, afectados de graves y manifiestos errores. ... La potestad anulatoria de la administración rige con o sin mandato expreso de una norma legal, pero debe fundarse en un error u omisión de carácter manifiesto que cause gravamen. Tratándose del proceso de selección tal potestad puede ejercitarla no sólo de oficio sino a instancias de los mismos oferentes, cuando se ha incurrido en violación del trato igualitario o se han omitido actos procesales, establecidos en los pliegos, en perjuicio de la situación jurídica de uno o más oferentes.", con cita al pie de la "Procuración del Tesoro de la Nación" cuando ha expresado que "La igualdad se destaca como fundamental para el logro de la finalidad buscada. Las normas y principios que rigen las licitaciones condicionan la actividad del Poder administrador y éste no puede sustraerse a su observancia". (Dictámenes, t. 87, pág. 169; t. 58, pag. 12; t. 61, pág. 73; t. 94, pág. 3; t. 87, pág. 70; t. 97, pág. 395; t. 75, pág. 74; t. 90, pág. 216)". (op. cit., pág. 172).

Nuestro Superior Tribunal de Justicia Provincial ha expresado que "...Las razones expuestas permiten colegir que la fotocopia de la nota agregada a fs. 34 del expediente administrativo tramitado ante el I.S.S. resulta jurídicamente inexistente, y, en consecuencia, la Resolución nº 729/05 que tuvo tal declaración de voluntad como válida para demostrar la separación de hecho entre y ... , carece de causa ante la ausencia de otras pruebas La circunstancia apuntada implica, necesariamente, declarar su nulidad. ...". ("FERREYRA, Dionilda c/ Instituto de Seguridad Social s/ Demanda contencioso administrativo" expte. 754/06).

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Roberto Dromi, dando como ejemplo el fallo citando define como "...Vicios graves y nulidad. El acto administrativo tiene vicio grave cuando: - Está en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas (STJ La Pampa, Sala A, 19/04/07, "F.,D. c. Instituto de Seguridad Social"). ...". (Roberto DROMI, "DERECHO ADMINISTRATIVO", pag. 384 - 12° Edición, Ed. Ciudad Argentina - Hispana Libros, Buenos Aires- Madrid- México, 2009.

También, nuestro Máximo Tribunal de Justicia provincial a definido que, "...La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que: "el acto administrativo es irregular cuando contraría la solución legal que corresponde para el caso. Se trata de los supuestos en que el acto incurre en error grave de derecho, porque el apartamiento de la ley, que supera lo meramente opinable en cuanto a su interpretación, linda con la incompetencia" (Cáceres Cowan, Blas y otros s/recurso de amparo, Fallos 250:500). Esta última consideración ha sido cuestionada por alguna doctrina. De ahí que, definido el acto irregular, si el mismo tenía todos los elementos esenciales - sin vicios o con vicios leves o irregularidades "intrascendentes"-, debía considerarse regular; y a la inversa, si alguno de dichos elementos estaba afectado de un vicio grave adquiriría la calidad de irregular.- Y esta fue la posición adoptada por el autor de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de la Pampa, prof. Miguel Marienhoff ...", luego, "... En estos términos es que la Administración Municipal, como gestora del interés público de la Comuna, restableció válidamente, en ejercicio de la potestad anulatoria que le confiere el artículo 82 de la N.J.F. 951, el orden jurídico vulnerado por la Resolución nº 1562/95. Y esto es así, en tanto tratándose de un acto administrativo dictado en ejercicio de la actividad reglada o discrecional de la administración, la norma habilita a su revocación por razones de ilegitimidad a la Administración Pública actuando por sí y ante sí en el caso que "... se tratare de una irregularidad grave determinante de la nulidad absoluta del acto". Y esta norma resulta de interpretación restringida, no correspondiendo agregarle límites, que sí contiene el ordenamiento para la revocación de los actos administrativos "regulares" cuando han causado estado y del mismo han nacido derechos.- ... , su finalidad no constituye más que el efectivo cumplimiento por parte de la Administración del

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

poder que le es inherente, dando satisfacción al interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad, a partir de la potestad conferida por el ordenamiento para anular oficiosamente sus actos ilegítimos.-". ("VELASCO, Ariel Aldo c/ Municipalidad de General Pico s/demanda contencioso administrativa", expediente nº 239/97, letra d.o.).

C) Por todo lo expuesto se concluye que el Decreto Nº 34/13, emitido por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, y el contrato de obra pública que aprobó, contravinieron de forma grave y manifiesta los antecedentes de hecho y derecho que debieron tenerse en cuenta para su dictado.

El acto administrativo mencionado adolece de vicios manifiestos y ostensibles que no requieren de una investigación de hecho para detectarlos, se trata de vicios que le que provocan una nulidad igualmente manifiesta y así se la debe declarar, a fin de cumplir con la función esencial referida al mantenimiento del principio de legalidad y juridicidad de los actos administrativos. Se advierten vicios notorios que condicionan su presunción de legitimidad, circunstancia determinante para que se disponga su revocación por su nulidad absoluta.

Respecto a que se podrían afectar derechos subjetivos con tal actuar administrativo, corresponde igualmente la revocación del acto nulo de nulidad absoluta, debido a que el oferente devenido en "contratista" por dicho acto nulo era conocedor del vicio, con ello, la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular; además, dicho acto irregular no pudo válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad, del modo antes señalado (cfr. CSJN, 23-4-91).

Del mismo modo, se ha afectado la estabilidad del acto ante los errores manifiestos de hecho y de derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario, tal como se ha analizado. (cfr. Fallos 265:349).

PROVINCIA DE LA PAMPÁ

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Concluyo que corresponde encuadrar la hipótesis analizada en la causal contemplada en el artículo 82 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo (N.J.F. Nº 951), cuando establece que, "El acto administrativo, haya sido dictado en ejercicio de la actividad reglada o de la discrecional, podrá ser revocado por razones de ilegitimidad por la Administración Pública, actuando por sí y ante sí, si se tratare de una irregularidad grave determinante de la nulidad absoluta del acto. ...", correspondiendo declarar la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 34, de fecha 13 de febrero de 2.013, suscripto por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, por razones de ilegitimidad que vician el acto.

Los actos posteriores, por carecer de causa devienen en igualmente nulos.

D) En razón del análisis formulado surge innecesario examinar las actuaciones posteriores al acto administrativo viciado y su contrato consecuente, sin embargo, estimo oportuno puntualizar algunos hechos que contextualizan el iter procedimental que no ha escatimado, en absoluto, en violentar norma tras norma que hubiera regido a las partes.

Efectivamente, el contrato de la obra pública que me ocupa -20 de marzo de 2013 (fs. 19598/9)- se formalizó sin siquiera contar con la calificación que debían otorgar los organismos naciones respecto del crédito público propuesto por el oferente, pues casi siete meses después de su firma el Administrador del E.N.O.H.SA. informó que el Dictamen de calificación financiera de la oferta se encontraba vencido, desde el año 2010, violándose además el artículo 39, inc. g), del Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación.

También, a más de dos años de la firma del contrato, esto es, con fecha 8 de abril de 2.015 -fojas 19866- el entonces Gobernador de la Provincia, comenzó gestiones ante el Estado Nacional debido a "...la falta de avance del financiamiento..." en el marco de la contratación que se analiza.

Por dichas gestiones, su impulsor propone la violación de la cláusula "SEPTIMA" del contrato de obra pública ya formalizado -cláusula que antes había violado los antecedentes de hecho y derecho de la licitación, tal como se analizó-, y además la modificación del contrato de obra pública en lo concerniente a los materiales a

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

proveer a la obra, en contravención al artículo 43, primer párrafo. y conc. de P.B.C. y 45 de la Ley General de Obras Públicas. El trámite involucró a la contratista de la obra -cfr. fs. 19.870-.

Tales gestiones violatorias del Pliego concluyeron el día 1º de julio de 2015, con la formalización de una "ADDENDA AL CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA"", que suscribieron el entonces Gobernador, Oscar Mario JORGE y el Administrador del E.N.O.H.SA. -fs. 19885/8- mediante la cual se deja definitivamente sin efecto uno de los objetos de la licitación, cual era, la contratación del "... financiamiento parcial ..." de la obra mediante una operación de crédito público; además se modifica la forma de pago de la obra, pues el pliego -art. 87, último párrafo- y el Convenio de fecha 31 de marzo de 2009 que integra el Pliego de Bases y Condiciones -cláusula "CUARTA"- establecían que el responsable del pago de la obra era el E.N.O.H.SA., mientras que a partir de la "ADDENDA", los pagos serán -o serían- realizados por la Administración Provincial del Agua (A.P.A.), es decir, por la provincia de La Pampa, quien luego debía realizar trámites ante el Estado Nacional (E.N.O.H.SA.), a los fines de la rendición de cuentas y recupero de los pagos (cláusulas "TERCERA" y "QUINTA" de "ADDENDA").

Ese mismo día, esto es el 1º de Julio de 2015 y dando a la "ADDENDA" efectos derogatorios inmediatos del contrato de obra -viciado- y del Pliego de Bases y Condiciones, se procedió a suscribir entre el Contratista, el Administrador del E.N.O.H.SA. y el Administrador de la Administración Provincial de Agua de esta Provincia, el "ACTA DE REPLANTEO E INICIO DE OBRA".

Nuevamente, se modificó en forma grave y manifiesta el Pliego de Bases y Condiciones que rige la obra, al dejar sin efecto uno de los objetos del contrato y modificar la forma de pago de la obra.

Pero allí no concluyen las transgresiones.

Ya transcurridos ochenta y cuatro (84) días de plazo contractual, se procedió a paralizar la obra y a suspender los plazos contractuales que venían corriendo

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

mediante una "ACTA DE PARALIZACIÓN DE OBRA CON SUSPENSIÓN DE PLAZO CONTRACTUAL" (fs. 19.910) suscripta por el Inspector de la Obra y el Representante Técnico de la Empresa, aprobada mediante Decreto Nº 562/15 de fecha 29 de Septiembre de 2.015 (fs. 19.991/2).

Sin embargo, antes de la instrumentación de la paralización de obra y evolucionando con todos sus efectos el contrato de obra pública, en forma simple y lineal, se podría decir que una de las partes del mismo debía ejecutar los trabajos y las obligaciones referidas a la obra, mientras que la otra debía realizar los pagos de dichas prestaciones contractuales.

Nada de eso ocurrió, ya consumido aproximadamente el diez por ciento (10%) del plazo contractual, la contratista no ha ejecutado ni una sola de sus obligaciones contractuales y el comitente -Estado Provincial- tampoco.

A fojas 19.973/82 se agregó a estos autos el expediente 11.913/15, del que surge que la contratista ya incumplió el Artículo 49° del P.B.C. (inicio efectivo de obra - 5 días hábiles a partir del Acta de Replanteo), cuya penalidad conforme al Artículo 82° inc A) - 1/1000 del 1/10000 del Monto del contrato por cada día de mora -09/07/15 al 22/09/2.015-; Artículo 49° del P.B.C. (Plan de Trabajos Ajustado - 10 días hábiles a partir del Acta de Replanteo), cuya penalidad conforme al Artículo 82° inc E) e.5) - 1/1000 del 1/10000 del Monto del contrato por cada día de mora -17/07/15 al 22/09/2.015-; también el Artículo 51° del P.B.C. (Carteles de Obra - 10 días hábiles a partir del Acta de Replanteo) cuya penalidad conforme al Artículo 82° inc E) e.7) es entre el 1/50000 al 1/10000 del Monto del Contrato por cada día de mora -17/07/2.015 al 22/09/2.015-; además Artículo 59° del P.B.C. (Elaboración de Ingeniería) cuya penalidad conforme al Artículo 82° inc E) e.5) - 1/10000 del Monto del Contrato por cada día de mora -18/06/2013 al 22/09/2.015-; el Artículo 61° del P.B.C. (Instalación de Obrador - 5 días hábiles a partir del Acta de Replanteo), cuya penalidad conforme al Artículo 82° inc E) e.7) resulta entre - 1/50000 a 1/10000 del Monto del contrato por cada día de mora -09/07/2.015 al 22/09/2015-; el Artículo 70° del P.B.C. (Locales y Elementos a Proveer para la Inspección - 30 días a partir de la firma del contrato), conforme al Artículo 82° inc E) e.5) resulta una multa de -

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

1/10000 del Monto del contrato cada día de mora -19/04/2.013 al 22/09/2.015-; art. 82 – Incumplimiento de Ordenes de Servicio – Penalidad, art. 82, inc. e) -1/10000 del monto de contrato por día de mora 31/08/2015 -22/09/2015; y el Artículo 71° del P.B.C. (Movilidad para la Inspección - 30 días a partir de la firma del contrato), el que conforme al mismo Artículo 71° establece una penalidad de 1/10000 del Monto del Contrato por cada día de mora -19/04/2013 al 22/09/2.015-.

El NEXO I de fojas 19.980 realiza el cálculo del monto en concepto de penalidades contractuales a aplicar a la contratista según lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, que arroja un resultado de Pesos Treinta y Siete Millones Trescientos Noventa y Nueve Mil Cuatrocientos Noventa y Uno con Sesenta y Cinco Centavos (\$ 37.399.491,65).

Se violenta una vez más el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación, pues el sexto párrafo, del artículo 82 -"MULTAS"- establece que "El monto de las multas a aplicar a la contratista no podrá superar el 5% del monto total del contrato. ...".

Además, atendiendo a que no se iniciaron los trabajos dentro del plazo de cinco días hábiles de formalizada el Acta de Replanteo (art. 49 y conc. P.B.C.), la contratista podría estar incurso en las causales de rescisión previstas en los incisos a) y c) del artículo 107 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, que establecen que la Administración Provincial tendrá derecho a la rescisión del contrato, "a) Cuando el contratista contraviniera las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato, ..." y "c) Cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de licitación para la iniciación de las obras. ...".

Por otro lado, la Administración ha incumplido el pago del anticipo financiero equivalente al 10% del monto contractual, que debe abonarse dentro de los 30 días de la firma del contrato (art. 87, "PAGO", P.B.C.).

Es decir, ninguna de las partes ha cumplimentado absolutamente ni una sola de las obligaciones a las que estaba sujeta por el contrato de obra pública vigente, lo que podría hacer presuponer que serían conocedoras del vicio que lo invalida, de otro

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

modo no hay explicación posible a tamaño desinterés -o si se quiere, desidia, indolencia o dejadez- en el cumplimiento del mismo.

Por último, el trámite legislativo que se propició desde fojas 19.912 en adelante, referido a la aprobación de demasías y economías del contrato, sólo se justifica si se reconoce -como hace el apartado "V" del dictamen de este Órgano Asesor agregado a fojas 19.966/70-, que tal intervención tenía por objeto interesarse "...no sólo respecto de la autorización en cuanto a la aprobación de demasías y economías, sino además a modo de entender sobre el mencionado contrato de obra pública.", en clara alusión a que sólo el Poder Legislativo podría haber convalidado todas las violaciones a los antecedentes de hecho y derecho antes analizados, mediante el dictado de una Ley especial, norma que además podría ser de dudosa constitucionalidad (cfr. Fallos: 320:1166, 315:839; 322:2346). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. -Del precedente "Agüero"- (Coronel, Jorge Fernando c/ Estado Nacional y otros s/ amparo e inconstitucionalidad. Sentencia del 12 de Mayo de 2009).

Por todo lo expuesto, y de conformidad con lo establecido en el inciso h), del artículo 2º y el inciso b), del artículo 3º, ambos de la Ley Nº 507, este Órgano Consultivo entiende que el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 34, de fecha 13 de febrero de 2.013, suscripto por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, se encuentra viciado de irregularidades graves determinantes de nulidad absoluta, por ello, correspondería su revocación por razones de ilegitimidad, de conformidad con lo normado en el artículo 82 de la N.J.F. Nº 951/79 -Ley de Procedimientos Administrativos-. **ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO -"**

A fs. 20.063 obra **Resolución Nº 23/2016 del Consejo de Obras Públicas** en la que resuelve "Aconsejar se prosiga con las actuaciones tramitadas por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos en las que se recomienda revocar el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 34/2013, para la ejecución de la obra "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

LA CIUDAD DE SANTA ROSA";

A fs. 20.257 se agrega **Decreto N° 311/2016** por el que el **Gobernador** de la Provincia **revoca** el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 34 de fecha 13 de Febrero de 2013, **por razones de ilegitimidad.**

A fs. 20.263/20.277 la adjudicataria **SUPERCEMENTO SAIC-CONSTRUCTORA OAS S.A- UTE interpone Recurso de Reconsideración** contra el Decreto N° 311/2016, dictado por el Sr. Gobernador con fecha 3 de Marzo del corriente.

A fs. 20.287/20.324 la Asesoría Letrada de Gobierno en el **Dictamen N° 77/16**, que a continuación se transcribe, se expide sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por la adjudicataria:

“ Señor Secretario General de la Gobernación:

Son traídas nuevamente las presentes actuaciones a esta Asesoría a fin de dictaminar sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa SUPERCEMENTO S.A.-CONSTRUCTORA OAS S.A. U.T.E., contra el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 311/16, que dispuso revocar por razones de ilegitimidad el Decreto N° 34, de fecha 13 de febrero de 2013, suscripto por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, que adjudicara la obra pública del encabezado a la recurrente.

Desde el aspecto estrictamente formal, el recurso se encuentra interpuesto en debidos tiempo y forma (arts. 95, 100 y conc. Decreto N° 1.684/79) mediante los habilitados especialmente para ello (cfr. fs. 19.593/5), con lo cual, corresponde el tratamiento de las cuestiones propuestas en el mismo.

I - Previo a ello, vale recordar sucintamente los motivos de la decisión plasmada en el Acto Administrativo impugnado -Decreto N° 311/16-. Al respecto, el Pliego de Bases y Condiciones define en el artículo 1º titulado “OBJETO DE LA LICITACION”,

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

“Objeto del llamado” que, “La presente Licitación Pública, tiene por objeto contratar la financiación parcial, suministro de materiales, y ejecución de las obras del Acueducto del Río Colorado y Obras Complementarias al Norte de la Ciudad de Santa Rosa.”

Es decir, uno de los tres objetos de la licitación o “del llamado”, es el contratar la financiación parcial de la obra. En ese contexto, la totalidad del trámite -todos los antecedentes de hecho y derecho de estas actuaciones- son contestes y dan cuenta de la trascendencia que tuvo y tiene ese objeto en el llamado a licitación.

Se mencionó la preponderancia del “CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA “ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA”, de fecha 31 de marzo de 2.009, suscripto por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y el entonces Gobernador de la Provincia, referido a la contratación de dicho financiamiento parcial de la obra pública licitada, al punto que fue incorporado al Pliego de Bases y Condiciones mediante la “CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1” (fs. 1.932/2.076).

Se resaltó los términos de la cláusula “CUARTO”, del mencionado convenio integrante del pliego de bases y condiciones, donde se dispuso que el E.N.O.H.SA. se comprometía a brindar a la PROVINCIA el financiamiento necesario para la ejecución de la obra -con carácter de no reintegrable- mediante “a) el aporte de recursos presupuestarios del ENOHS A ... en el Presupuesto General de la Administración Pública Nacional en los ejercicios pertinentes; ...” y, “...b) mediante la formalización de operación/es de crédito público destinada/s a obtener los recursos adicionales que resulten necesarios...”.

En ese contexto normativo, y respecto del cumplimiento de uno de los objetos de la licitación, cual es el referido a la contratación de la financiación parcial de la obra pública a ejecutar, se recordaron los preceptos contenidos en los artículos 39 y 41, que definen con absoluta claridad los recaudos que deben cumplirse, tanto en el acto de “ADJUDICACIÓN” de la obra como al momento de la “FIRMA DEL CONTRATO”.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Vale transcribir dichas normas contractuales nuevamente, pues contextualizan la real dimensión de la ilegitimidad declarada por el acto recurrido; así, respecto del acto de adjudicación de la obra, el artículo 39 -en lo que interesa- establece que, concomitantemente con el acto administrativo de adjudicación de la obra, "... se requerirá al oferente que resulte adjudicatario, a los efectos de la suscripción del CONTRATO, la siguiente documentación: ... g) Compromiso firme de financiamiento, en los términos ofertados, emitido por la entidad financiera respectiva. ...".

A párrafo seguido el precepto establece -en forma terminante y concluyente- los efectos que acarrea el incumplimiento de dicho "compromiso firme" al expresar que, "... La ausencia de cumplimiento de este requisito conllevará la revocación del acto de adjudicación, sin compensación alguna para el oferente, y con la consiguiente ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta. ...".

Los párrafos siguientes del citado artículo 39 establecen el procedimiento a los fines de cumplimentar tal manda. Disponen al respecto que, "El COMITENTE otorgará un plazo de quince (15) días hábiles administrativos a la empresa adjudicataria, computados a partir de la notificación del acto respectivo, para presentar la documentación enumerada en el presente artículo."

"Vencido el plazo sin haberse cumplido con la documentación requerida, el COMITENTE podrá dejar sin efecto el acto de adjudicación y proceder a adjudicar a la empresa que sigue en orden de mérito, siempre que el FINANCIAMIENTO OFRECIDO por ésta resultare conveniente, sobre la base de lo previsto en el artículo 36 del PBC."

Luego, respecto de la formalización del contrato de obra pública, el tercer párrafo del artículo 41 de las Bases del llamado a licitación establece -con absoluta contundencia- que, "... Simultáneamente con la suscripción del CONTRATO con el COMITENTE, deberá formalizarse la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO, y en las condiciones aprobadas por las autoridades competentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del PBC. ...".

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

En el Acto Administrativo impugnado se analizó que el "...acto administrativo de adjudicación violó todos y cada uno de los antecedentes de hecho y derecho antes mencionados. ..." (hoja 15, 3º párr.):

Efectivamente, sucintamente se menciona que el modelo de contrato aprobado por el artículo 2º del Decreto Nº 34/13 -viciado de nulidad- no responde -en sus términos y alcances- al "MODELO DE CONTRATO" del "ANEXO XXI" del Pliego de Bases y Condiciones que rige el llamado, pues introdujo en el artículo 7º una "CLAUSULA TRANSITORIA" (fs. 19.531) que contiene una condición resolutoria del contrato de obra pública que permite su formalización sin que "Simultáneamente ..." se formalice "...la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO, y en las condiciones aprobadas por las autoridades competentes, de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del PBC...", en flagrante violación al artículo 41 del Pliego de Bases y Condiciones, suspendiendo, bajo condición resolutoria, los efectos de uno de los objetos del llamado a licitación, cual es, la contratación de la financiación parcial de la obra.

Se dijo que el artículo 3º, último párrafo, del Decreto Nº 34/13 viciado de nulidad perfecciona esa transgresión, al disponer la suspensión del plazo para la firma del Acta de Replanteo aún ya formalizado el contrato de obra pública sin plazo o fecha determinados, estableciendo como único parámetro temporal limitante la concreción de la contratación del financiamiento parcial de la obra, violentándose el último párrafo del artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación, que establece un plazo de 30 días corridos, computados a partir de la fecha de la firma del contrato, dentro del cual debía formalizarse el Acta de Replanteo de la obra.

Dichas transgresiones al Pliego Licitatorio -Ley de las Partes- perpetradas por los artículos 2º y 3º del acto nulo se materializaron a poco más de un mes de su dictado con la formalización del contrato de obra pública -20/03/13-. Esto es, la quejosa no había cumplimentado la exigencia del inciso g) del artículo 39 del P.B.C., de las mismas bases del llamado, incumplimiento que se sanciona con "...la revocación del acto de adjudicación, sin compensación alguna para el oferente, y con la consiguiente ejecución de la garantía de mantenimiento de oferta. ...", y tampoco

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

en ese acto, y "... Simultáneamente...", con la suscripción del contrato se formalizó "...la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO.".

Además, recuerdo que la copia certificada del "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", de fecha 31 de marzo de 2.009, suscripto por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y el entonces Gobernador de la Provincia, Contador Oscar M. JORGE, agregada a fojas 1.094/8, dispuso que, "...El borrador de dicho contrato deberá contar con la anuencia del ENOHS..." (Cláusula "SEGUNDO", apartado c), in fine); tal requisito no se verificó en el expediente.

También, el mentado convenio estableció que, "... Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones relativas al financiamiento de obra, así como la eventual aprobación y formalización del financiamiento, deberán contar con la aprobación de las autoridades nacionales competentes, de conformidad con lo regulado por la Ley 24.156, el Decreto Nº 1344/07 y las normas complementarias que resulten competentes. ..." ("CUARTA", apartado b), tercer párrafo).

Es decir, según lo dispone la cláusula transcrita, también se exigía a los fines de habilitar la formalización del contrato de obra pública que al momento del dictado del acto administrativo de adjudicación (13/02/13) y también a la hora de la firma del contrato de obra pública que aprobó (20/03/2013) el crédito público que debía financiar parcialmente la obra debía estar autorizado por los organismos nacionales de crédito, sin embargo, la autorización del mismo se encontraba vencida. Es decir, tal exigencia para habilitar la contratación no se encontraba cumplimentada.

La violación de los preceptos contenidos en el Pliego de Bases y Condiciones, inclusive el desconocimiento de los antecedentes de hecho y derecho agregados al trámite vicieron insanablemente el acto administrativo de adjudicación, materializado en el Decreto Nº 34/13, pues violentó el Principio Constitucional de igualdad y sus derivaciones en el ámbito administrativo, cuales son, los de trato igualitario y libre competencia en una licitación, pues la Administración está

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

imposibilitada de alterar las bases generales y los pliegos una licitación, ya que de ese modo se torna ilusorio el principio de igualdad ante la ley.

Resumidamente, se incumplieron con el acto de adjudicación los artículos 11, 35, 37 y 45 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, los artículos 39, inc g), 41, 48 y 49, el "MODELO DE CONTRATO" del "ANEXO XXI" y la "CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1" referencias todas del Pliego de Bases y Condiciones, además del artículo 2º del Decreto Ley Nº 513/69.

Los efectos que provocaron las transgresiones ilegítimas perpetradas por el acto de adjudicación formalizado en el año 2.013 permitieron perfeccionar el contrato de obra pública suspendiendo el cumplimiento de uno de los objetos de la licitación, se agregó una cláusula resolutoria al mismo contrato, se permitió la no instrumentación del Acta de Replanteo, con las tantísimas implicancias contractuales que ello acarrea, se adjudicó y formalizó el contrato de obra pública sin estar autorizado el financiamiento parcial de la obra por los organismos nacionales, y se instrumentó el contrato de obra pública y en el mismo momento se suspendieron prácticamente todos sus efectos por más de dos años contraviniendo expresas disposiciones del pliego de Bases y Condiciones.

En ese contexto jurídico fáctico, se decidió revocar el mentado Decreto Nº 34, de fecha 13 de febrero de 2013, "...por razones de ilegitimidad..." (art. 1º) mediante el Decreto Nº 311/16 ahora impugnado, debido a que el acto de adjudicación violó el principio Constitucional de igualdad y de trato igualitario y libre competencia en una licitación.

II – Realizada una ajustada síntesis de los hechos y derecho que motivaron el acto administrativo impugnado, se procede al análisis de las cuestiones planteadas, que la impugnante desarrolla en los apartados "4." a "11.", y que entiende atendibles a fin de hacer procedente su petitorio, cual es, "...anular el decreto 311/16 permitiendo la continuidad del contrato. ...".

II-a) La impugnante, en el apartado "4." de su recurso interpreta que, en tanto el Estado Nacional ha asumido distintas atribuciones y obligaciones en el procedimiento licitatorio y en el contrato -todos referidos al financiamiento

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

(menciona los artículos 10, 36, 37, 41 y 87 del P.B.C.), asevera que se está ante "... un contrato de tipo interjurisdiccional, es decir, se trata de una relación jurídica que no es exclusivamente entre la Provincia y la UTE, sino que el Estado Nacional tiene interés e injerencia y forma parte de ella. ..." (fs. 20.265).

Afirma entonces que "...el Estado Nacional tiene un compromiso relevante en la contratación y le asisten facultades y las consiguientes responsabilidades ...", por ello, "...la Provincia no puede decidir sobre la suerte del contrato en forma unilateral y valorando intereses y criterios exclusivamente domésticos, ..." (fs. 20.266). Cita precedentes administrativos que entiende avalan su criterio.

Al respecto, cabe recordar que a partir de la formalización del Convenio Marco, suscripto entre el Gobierno Nacional y esta Provincia con fecha 30 de noviembre de 1.996, ratificado por Ley Nacional Nº 24.805 (fs. 3) y Provincial Nº 1.731 (fs. 12/14), el Estado Nacional se comprometió a financiar la obra en cuestión en su totalidad (artículos 3º y 4º del Convenio), como así también a dotarla de beneficios y exenciones impositivas y aduaneras nacionales. A partir de ese acuerdo Marco se dictaron normas de menor jerarquía referidas a dichas cuestiones.

Las obras al sur de la ciudad de Santa Rosa se concretaron en el marco de la normativa referida, y también mediante acuerdos particulares que permitieron su concreción -normativa que en parte fue referenciada en el Decreto cuestionado-.

Ya referido a la obra que le ocupa, la intervención relacionada con el Estado Nacional se centró en su financiación; se dijo que el "ACUERDO MARCO" (fs. 20/1) suscripto con fecha 12 de agosto de 2.008 entre el Gobierno Nacional y esta Provincia, se efectuó el marco de la Ley Nacional Nº 24.805 y Decreto Nacional Nº 419/03.

En dicho instrumento, el Estado Nacional, por intermedio del Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento se comprometió a realizar "... las gestiones tendientes a la obtención del financiamiento y la posterior concreción de ..." (CLÁUSULA SEGUNDA) "...la obra denominada "ACUEDUCTO SANTA ROSA – GENERAL PICO"..." (CLÁUSULA PRIMERA).

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Dicho "ACUERDO MARCO" fue ratificado por la Legislatura Provincial mediante Ley Provincial N° 2.457 (art. 1º), norma que además facultó al Poder Ejecutivo a suscribir las actas complementarias y a realizar la totalidad de las gestiones tendientes al perfeccionamiento de lo estipulado en el "ACUERDO" que ratificó (art. 2º).

Complementario a ese marco se suscribió el "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA" con fecha 31 de marzo de 2.009, -fs. 1.094/8-.

Su Cláusula "PRIMERO" dejó expresamente aclarado que -además de enmarcarse en la Ley Nacional N° 24.805- dicho instrumento rige "... las relaciones entre el ESTADO NACIONAL y La PROVINCIA tendientes a ejecutar la obra..." que le ocupa.

Por la Cláusula "SEGUNDO" se definió el carácter de comitente a esta Provincia, también las actividades que a ese respecto le corresponden, y además, que la obra se regirá por la Ley General de Obras Públicas N° 38, "...con las particularidades y normativas previstas en este Convenio, y sobre la base del proyecto, pliego licitatorio... que ambas partes acordaron y cuyas copias se anexan..." al mismo (primer párrafo).

Concordantemente, el pliego de Bases y Condiciones en el "Glosario" define que el "COMITENTE" es "...El Gobierno de la Provincia de La Pampa a través del Ministerio de Obras y Servicios Públicos (MOSP)..." en concordancia con el artículo 3º, mientras que el artículo 5º dispone cual resultará la "NORMATIVA APLICABLE" del siguiente modo, "La Licitación, contratación y ejecución de los trabajos estarán regidos por la Ley de Obras Públicas N° 38 de la Provincia de La Pampa, sus decretos y reglamentaciones complementarias, la Ley N° 1917/00, el ACUERDO, el PLIEGO y las Circulares que se emitan en consecuencia."

Del mismo modo, el artículo 2º del "ANEXO XXI: MODELO DE CONTRATO", titulado "DOCUMENTOS DEL CONTRATO" establece respecto de la Ley aplicable que, "Forman parte integrante de este Contrato la documentación señalada en el Pliego de Bases y Condiciones y de Especificaciones Técnicas de la licitación, la Ley General

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

de Obras Públicas N° 38, la Ley 1917/00, la oferta del adjudicatario y toda otra normativa provincial y nacional aplicable a la obra conforme a los pliegos de la Licitación los que EL CONTRATISTA declara conocer y aceptar. ...”.

También, el mismo convenio dejó expresamente aclarado en la cláusula “SEGUNDA” que corresponde a la “PROVINCIA” dictar el acto de “b) adjudicación. ...”, como “c) la suscripción del contrato. ...”.

De igual modo el primer párrafo del artículo 39 del Pliego de Bases y Condiciones establece que el acto de “...ADJUDICACIÓN de la obra ...” será dictado por el “COMITENTE”. Inclusive le otorgó la facultad al “COMITENTE” de “...dejar sin efecto el acto de adjudicación...” si se dan las condiciones que allí se detallan, o rechazar las ofertas o “...PROPUETAS que no se ajusten sustancialmente al PLIEGO...” (art. 32, primer párrafo P.B.C.).

Respecto de la injerencia del Estado Nacional en el proceso licitatorio y en el contrato de obra pública, una cláusula genérica del “CONVENIO” de fecha 31 de marzo de 2.009, define con absoluta claridad los alcances de la misma, al expresar que, “... Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones relativas al financiamiento de obra, así como la eventual aprobación y formalización del financiamiento, deberán contar con la aprobación de las autoridades nacionales competentes, de conformidad con lo regulado por la Ley 24.156, el Decreto N° 1344/07 y las normas complementarias que resulten competentes. ...” (“CUARTA”, apartado b), tercer párrafo).

Las cláusulas “SEGUNDA” en algunos párrafos, “TERCERA” en otros, y “CUARTO” también en diferentes enunciados, refieren a la intervención del “ENOHSA”, siempre relacionado con la definición genérica antes transcripta, por ejemplo, respecto a la aprobación del crédito público a contratar, o al pago de las certificaciones de obra.

El Pliego de Bases y Condiciones, en los artículos 10, 36, 37, entre otros, previeron la intervención de los organismos nacionales, siempre vinculado a decisiones referidas al financiamiento de la obra, inclusive al pago de los trabajos.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Y, estas previsiones expresas por las que se definieron las competencias de cada parte son reconocidas por la impugnante en su cita jurisprudencial, seguida por la Procuración del Tesoro de la Nación.

Efectivamente, el criterio expuesto por la Procuración del Tesoro de la Nación de alguna cita expuesta por la recurrente -otra es inexistente- es absolutamente ratificadora de lo convenido por las partes en los documentos que rigen la relación entre el Estado Nacional y la provincia de La Pampa.

El prestigioso Órgano Asesor nacional, es contundente al expresar que " ...es dable señalar que se han originado en el contrato dos sistemas de relaciones jurídicas. 1.1. El primero de ellos se refiere a la construcción de la obra ..., por lo tanto, la suscripción del pertinente contrato que vincula a la Provincia ..., como comitente, con la empresa contratista. Ese contrato para el Estado Nacional es res inter alias acta; ningún vínculo tiene con el sistema de relaciones jurídicas que allí se contemplan y, por ende, ninguna obligación tiene a su respecto. 1.2. El segundo de los sistemas de relaciones jurídicas se relaciona con el pago por el Estado Nacional de determinados créditos originados en la obra. Nace de los convenios firmados donde los compromisos son individualizados, y vincula a la Provincia de Formosa como comitente, a la empresa como contratista y al Ministerio del Interior como contribuyente a financiación. Sólo este tipo de relaciones jurídicas involucra al Estado Nacional y, en consecuencia, dentro de éste, tiene obligaciones, ya que su causa jurídica son los convenios celebrados entre las partes." (426, 255:656).

Recuerdo que la cadena de vicios que motivó la revocación del acto de adjudicación se ocasionó en la violación del procedimiento que va desde el acto mismo de adjudicación hasta el perfeccionamiento del contrato, inclusive se violentó el mismísimo modelo de contrato de obra pública aprobado por la documentación licitatoria y al que Adjudicatario y Comitente se habían obligado a suscribir, además de omitirse exigir documentación previa que permitía su formalización bajo sanción de resolución de la adjudicación, materializados particularmente en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Nº 34/13.

PROVINCIA DE LA PAMPÁ

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Se adjudicó y permitió formalizar el contrato de obra pública en violación a los artículos 11, 35, 37 y 45 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, artículos 39, 41, 48 y 49, el "MODELO DE CONTRATO" del "ANEXO XXI" y la "CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1" referencias todas del Pliego de Bases y Condiciones, además del artículo 2º del Decreto Ley Nº 513/69.

Tal como antes se detalló, dichas violaciones al Pliego y a Ley aplicable al contrato se materializaron posibilitando formalizar el contrato de obra pública suspendiendo el cumplimiento de uno de los objetos de la licitación, el que debía concretarse en ese mismo acto; se agregó una cláusula resolutoria al contrato sin que ello estuviera previsto en las bases del llamado; se posibilitó la no formalización del Acta de Replanteo en el tiempo y forma establecidos en el Pliego, con las tantísimas implicancias contractuales que ello acarreó, fundamentalmente, imposibilitando la normal evolución del contrato de obra pública por más de dos años en absoluta violación a las previsiones del Pliego, se adjudicó y formalizó el contrato de obra pública sin estar cumplimentada la autorización del financiamiento parcial de la obra por los organismos nacionales, y se formalizó el contrato de obra pública y en ese mismo momento se suspendieron prácticamente todos sus efectos por más de dos años, en incontestable contravención a las normas del Pliego de Condiciones antes mencionadas.

Por ello, la ilegitimidad del acto de adjudicación no se fundó en el financiamiento propiamente dicho ni en el cambio de la fuente de financiamiento -procedimiento concretado más de dos años después de configuradas las ilegitimidades señaladas-, sino en la violación del procedimiento previsto en los pliegos a los fines de seleccionar al contratista estatal. Se puso en crisis el Pliego de Bases y Condiciones, y con ello el acto de adjudicación quedó huérfano de fundamento.

Entonces, la alteración del pliego de la licitación causó desigualdad en los oferentes, quienes deben encontrarse en una misma situación o en un mismo plano de igualdad, lo que configuró la violación al principio de igualdad garantizado por la Constitución Nacional y las leyes.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

La revocación del acto de adjudicación se fundó en la ilegitimidad configurada por la alteración del Pliego de Bases y Condiciones, por inobservancia de las normas que regían el procedimiento de selección del contratista estatal, y la violación de principios jurídicos esenciales.

Las transgresiones que viciaron de nulidad el acto revocado involucraron aspectos en los que el Estado Nacional "...es res inter alias acta...", esto es, "...ningún vínculo tiene con el sistema de relaciones jurídicas que allí se contemplan y, por ende, ninguna obligación tiene a su respecto. ..." (cfr. cita), razón por la cual, no resultaba procedente darle intervención, previo al dictado del Decreto Nº 311/16.

Por último, en tanto el Decreto Nº 311/16 restaura la legalidad en el procedimiento licitatorio, esta materia claramente no refiere al financiamiento de la obra sino a la esencia misma del procedimiento de selección del contratista estatal, razón más que justifica la improcedencia del pedido de la recurrente en este apartado.

Por ello, corresponde el rechazo de los pretendidos argumentos esgrimidos por la impugnante y analizado en este párrafo.

II-b) En el apartado "5.", titulado "La oferta del contratista", la recurrente resume que, por un lado, de su parte cumplimentó con la totalidad de las exigencias del Pliego de Bases y Condiciones, y por otro, tanto el tiempo transcurrido desde la formalización de la oferta (año 2.009) hasta la adjudicación viciada y la formalización del contrato (año 2.013) como los beneficios que generaría el cambio de financiamiento (año 2.015), no permitirían "...dejar sin efecto el contrato, ..." (fs. 20.268).

En este punto la recurrente pretende sostener la validez del acto de adjudicación y el contrato formalizado en su consecuencia en el año 2.013, dictados en violación de las normas previstas en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación, ponderando los beneficios que para la Provincia de La Pampa acarrearían las nuevas modificaciones al contrato propiciadas en el año 2.015, vale aclarar, modificaciones que transgreden o violentan la ilegitimidad incurrida en el acto de adjudicación.

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Si, efectivamente, la recurrente pondera los beneficios que hubiera acarreado para el Estado Provincial transgredir -en el año 2015- las transgresiones que ocasionaron la ilegitimidad del acto de adjudicación -en el año 2013-.

Afirma que el desistimiento de la toma del crédito internacional por parte del Estado Nacional -se acota, en el año 2015- resultó una decisión unilateral que no afectó sus obligaciones ni las de la Provincia de La Pampa, por ello, debe tenerse al contrato por perfeccionado. Entiende aplicable a las partes el derecho privado.

La construcción del razonamiento impugnatorio en absoluto tiene en cuenta los antecedentes de hecho y derecho que motivaron el dictado del Decreto Nº 311/16.

Efectivamente, el acto de adjudicación y el contrato de obra pública que aprobó violentaron las bases de la licitación, las que no refirieron al cambio de financiamiento.

Se detalló en apartados anteriores que el acto de adjudicación transgredió los artículos 11, 35, 37 y 45 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, los artículos 39, 41, 48 y 49, el "MODELO DE CONTRATO" del "ANEXO XXI" y la "CIRCULAR ACLARATORIA Nº 1" referencias todas del Pliego de Bases y Condiciones, además del artículo 2º del Decreto Ley 513/69.

Tales violaciones al Pliego Licitatorio -Ley de las Partes- fueron perpetradas por los artículos 1º, 2º y 3º del acto nulo (13/02/13) y con la formalización del contrato de obra pública a más de un mes de su dictado (20/03/13).

Además, se puntualizaron los efectos fácticos que produjeron tales transgresiones, las que conviene tener presente y reiterar. Al respecto, se posibilitó formalizar el contrato de obra pública suspendiendo el cumplimiento de uno de los objetos de la licitación, el que debía concretarse en ese mismo acto; se agregó una cláusula resolutoria al contrato sin que ello estuviera previsto en las bases del llamado; se posibilitó la no formalización del Acta de Replanteo en el tiempo y forma establecidos en el Pliego, con las tantísimas implicancias contractuales que ello acarreó, fundamentalmente, imposibilitando la normal evolución del contrato de obra pública por más de dos años en absoluta violación a las previsiones del Pliego;

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

se adjudicó y formalizó el contrato de obra pública sin estar cumplimentada la autorización del financiamiento parcial de la obra por los organismos nacionales, y se formalizó el contrato de obra pública y en ese mismo momento se suspendieron prácticamente todos sus efectos por más de dos años en flagrante contravención a las normas del Pliego de Condiciones antes mencionadas.

Las transgresiones normativas detalladas colocaron en absoluta desigualdad a la recurrente respecto de los demás participantes del proceso de selección del contratista. Dicho procedimiento había sido previamente impuesto y establecido por la Administración para todos los participantes, incluida la quejosa; más, de haberse cumplido con los preceptos del Pliego y la Ley violentados la impugnante nunca podría haber resultado adjudicataria.

El procedimiento por el que se tramitó dejar sin efecto la contratación del financiamiento parcial de la obra ocurrió en el año 2.015, esto es, más de dos años después de configurados los vicios que ocasionaron la ilegitimidad del acto revocado.

Entonces, corresponde dar respuesta a lo expuesto por la impugnante reiterando la enseñanza de Bartolomé A. FIORINI, quien junto a Ismael MATA, expresaron que "... Las previsiones del contrato no pueden alterar o derogar las normas contenidas en los pliegos y en los documentos que rigieron el llamado. La infracción a este principio puede provocar la nulidad del contrato como lo sostuvo en varias oportunidades la Corte Suprema Nacional. La interpretación del contrato administrativo, a diferencia de lo que acontece en el contrato privado, atiende fundamentalmente a los documentos y actos que regularon el proceso de selección. ...", con cita al pie de la "C.S.N., Fallos, t.97, pág. 20, t.179, pág. 289; "Jurisprudencia Argentina", t. 75, págs. 20 y ss.". (Bartolomé A. FIORINI – Ismael MATA , "LICITACION PÚBLICA – Selección del Contratista Estatal", pag. 163).

Y agrega "... Aún sin estas previsiones constitucionales o legales que comentamos debe aceptarse que la administración pública está facultada para anular directamente ciertos actos del proceso seleccionario cuando aparezcan en forma indubitable e inoponible, afectados de graves y manifiestos errores. ... La potestad

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

anulatoria de la administración rige con o sin mandato expreso de una norma legal, pero debe fundarse en un error u omisión de carácter manifiesto que cause gravamen. Tratándose del proceso de selección tal potestad puede ejercitarla no sólo de oficio sino a instancias de los mismos oferentes, cuando se ha incurrido en violación del trato igualitario o se han omitido actos procesales, establecidos en los pliegos, en perjuicio de la situación jurídica de uno o más oferentes.”.

También conviene recordar la referencia a la Procuración del Tesoro de la Nación que luce al pie de la cita doctrinaria; en ella el Órgano consultivo nacional definió el criterio legal a seguir en casos análogos a los que trata el presente. Se dijo, “La igualdad se destaca como fundamental para el logro de la finalidad buscada. Las normas y principios que rigen las licitaciones condicionan la actividad del Poder administrador y éste no puede sustraerse a su observancia”. (Dictámenes, t. 87, pág. 169; t. 58, pág. 12; t. 61, pág. 73; t. 94, pág. 3; t. 87, pág. 70; t. 97, pág. 395; t. 75, pág. 74; t. 90, pág. 216).” (op. cit., pág. 172).

Además, también se dijo que debido a que la recurrente era conocedora del vicio, la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular; del mismo modo, dicho acto irregular no pudo válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad (cfr. CSJN, 23-4-91).

Con ello, y dando por retirados en este apartado todos los argumentos expuestos en el Acto Administrativo numerado 311/16, no corresponde acoger los argumentos impugnatorios tratados en este apartado.

II-c) Luego, en el apartado “6.”, titulado “Igualdad, libre competencia en una licitación. La ausencia de daño. El daño a la contratista.” la recurrente centra el desarrollo de su impugnación en que el cambio de fuente de financiamiento parcial de la obra no es causa suficiente a los fines de invalidar el contrato. Expresa que dicho cambio no favorece a la contratista, aunque sí al comitente Estado Provincial y al Compre Nacional.

Afirma e insiste que las violaciones al procedimiento licitatorio que ocasionaron la nulidad del acto a su entender no violentan el principio de igualdad de los oferentes, y nuevamente expresa que dichas transgresiones ocurridas en el devenir de la

PROVINCIA DE LA PAMPÁ

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

adjudicación y formalización del contrato le son ajenas, y que el actuar de ahora mediante el Decreto Nº 311/16 perjudicaría su igualdad. Considera que la decisión tomada no favorece la urgencia en llevar a cabo la obra, como tampoco el empleo nacional.

Ante la reiteración del error -que se interpreta voluntario-, corresponde nuevamente recordar que el trámite perpetrado con el fin de cambiar o modificar la fuente de financiamiento del contrato de obra pública al que alude la impugnante, y en el que se involucraron Estado Nacional, Estado Provincial y la misma presentante es, como se dijo, la transgresión de la transgresión, y esa circunstancia no motivó o fundó la nulidad del acto de adjudicación.

Se recuerda que el procedimiento doblemente transgresor que menciona la impugnante ocurrió en el año 2.015, y pretendió modificar el vicio que motivó la revocación por ilegitimidad del Decreto 34, de fecha 13 de febrero de 2.013.

Aclarado ello, en este apartado corresponde dar contestación a lo antes reseñado, con los argumentos ya desarrollados al analizar el vicio del acto de adjudicación y su contrato.

Como antes de ahora se analizó y en el presente se referenció, nuevamente se debe expresar que el Decreto 34, de fecha 13 de febrero de 2.013 que adjudicó la obra a la impugnante, al alterar "... el Pliego de Condiciones, por incumplimiento de las normas que regían el procedimiento de selección de los co-contratantes viola uno de los principios jurídicos esenciales que hacen, como se expresó anteriormente, a la ratio iure de la licitación.-..." (S.T.J. La Pampa - "TECNO ACCION SOCIEDAD ANONIMA c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa", expediente Nº 213/96, considerando 20, "CUARTA CUESTION").

Por ello, y dando nuevamente por retirados en este apartado todos los argumentos antes analizados relacionados con este apartado y expuestos en el Decreto Nº 311/16, deben rechazarse las pretendidas argumentaciones por improcedentes.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

II-d) Por el argumento desarrollado en el apartado "7.", titulado "IUS VARIANDI en el contrato de obra pública." la impugnante parte del supuesto que la adjudicación resultó válida y el contrato de obra pública estaba plenamente vigente y en evolución, e insiste en que la revocación del acto de adjudicación se fundó en una supuesta variación del precio del contrato, debido al cambio de financiamiento efectuado por el Estado Nacional, al proyectar mejoras y demasías por un menor precio (fs. 20.270).

En el marco de esa construcción argumental entiende de aplicación los artículos 65, 66 y 67 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, preceptos que en su parecer darían encuadramiento legal a la modificación del precio del contrato producida.

Nuevamente la impugnante pretende desconocer los motivos de la revocación del Decreto Nº 34/13, y centrar el debate en cuestiones ajenas a los vicios invalidantes del acto de adjudicación.

Efectivamente, el cambio de financiamiento de la obra, que según afirma la presentación, produjo una disminución del precio del contrato que fue aceptada por la U.T.E. y que encuadraría en las previsiones de la Ley General de Obras Públicas Nº 38, se produjeron pasados más de dos años de producidas las violaciones al Pliego de la obra que provocaron su ilegitimidad.

Entonces, en concordancia con el análisis que se viene efectuando en los apartados precedentes, no corresponde entrar a considerar la hipótesis planteada y rechazar por improcedentes los pretendidos argumentos expuestos en este apartado.

II-e) En el apartado "8.", titulado "Incompetencia." la quejosa desarrolla dos planteos; el primero es prácticamente réplica del expuesto en el apartado "4." de su recurso, que motivara la respuesta contenida en el numeral "II-a" del presente, razón por la cual a dicha contestación se remite en razón de la brevedad.

El segundo de los planteos se basa en que, en tanto el contrato tuvo principio de ejecución, esta situación constituyó un límite a la potestad revocatoria. Luego analiza otros supuestos, tales, que tampoco podría haberse dispuesto la "caducidad" del contrato, pues ello supone que el incumplimiento le sea imputable a

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

la contratista; transcribe los artículos de la Ley de Procedimiento Administrativo provincial que entiende aplicables; luego razona que en la hipótesis de considerar al Decreto impugnado como fundado en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, corresponde se indemnice a "...la Contratista,..." (fs. 20.271 vta.).

Por último, afirma que la fundamentación del Decreto impugnado no resulta suficiente a la luz de lo reseñado, pues resultan situaciones no consideradas en dicho acto administrativo.

Ahora bien, el acto impugnado detalla con absoluta claridad la forma y modo que el acto de adjudicación y el contrato de obra pública consecuentes violentaron de manera flagrante las bases del llamado a licitación.

Se detalla y describe la documentación donde se corroboran graves trasgresiones al Pliego de Licitación, inclusive se citaron los numerosos preceptos del Pliego de Bases y Condiciones, de la Ley de Obras Públicas, del Decreto Ley Nº 513/68 violentados por el acto de adjudicación y el contrato de obra pública que aprobó.

En ese contexto fáctico se sobreabundó en el sentido que la ley de la licitación y la ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario (cfr. C.S.J.N. "Necon S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario" - 04/06/1991 - T. 314, P. 491, y T. 311, P. 2831).

También se argumentó respecto a que la Administración está imposibilitada de alterar las bases generales del pliego, pues de otro modo se torna ilusoria la garantía constitucional y legal formulada en el principio de igualdad, el que exige que desde el inicio del proceso licitatorio hasta la adjudicación del contrato, o hasta su formalización, todos los licitantes u oferentes deben encontrarse en la misma situación, contar con las mismas facilidades y hacer sus ofertas sobre idénticas bases.

Del mismo modo, sobradamente se fundamentó respecto a que el Pliego de Bases y Condiciones, elaborado unilateralmente por Estado, establece reglas generales e

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

impersonales que mantienen el principio de igualdad, permitiendo que los oferentes hagan sus ofertas sobre bases idénticas.

Se concluyó, también con apoyo en copiosa doctrina y jurisprudencia judicial y administrativa que, en el marco legal y contractual antes señalado la adjudicación efectuada por el órgano licitante alterando el Pliego de Condiciones, incumpliendo las normas que rigen el procedimiento de selección de los co-contratantes violó uno de los principios jurídicos esenciales que hacen a la ratio iure de la licitación, cual es el de igualdad.

Se argumentó sobradamente -citando doctrina y jurisprudencia unánime- sobre la significación jurídica que tiene el principio de igualdad en el procedimiento de contratación administrativa que vicia de nulidad el acto administrativo de adjudicación, y en el caso, el contrato administrativo de obra pública, por incumplimiento, violación o no aplicación del precitado principio. (Conf. Dictamen Procuración del Tesoro de la Nación n° 177)"... ("TECNO ACCION SOCIEDAD ANONIMA c/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL de la Provincia de La Pampa s/demanda contencioso administrativa", expediente N° 213/96).

Entonces, en tanto el acto de adjudicación y su contrato de obra pública consecuente adolecían de vicios graves y ostensibles los mismos estaban viciados de nulidad absoluta; consecuentemente, con causa en dichos instrumentos nulos no pudieron nacer derechos y obligaciones para ninguna de las partes involucradas en la ilegitimidad, pues esta nulidad no puede ser subsanada, y no pudieron nacer válidamente derechos subjetivos a favor del administrado en este supuesto.

Resulta fructuoso recordar y reiterar parte de la doctrina administrativa y judicial que dan contundente respuesta a la afirmación contenida en el párrafo anterior.

Al respecto ya se dijo "También se agregó en el mencionado dictamen que pese a afectarse derechos subjetivos, corresponde revocar el acto nulo de nulidad absoluta cuando el particular conocía el vicio, situación en la que la revocación opera como una sanción a la mala fe del particular (V. Hutchinson, Tomás; Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, T° 1, pág. 373). Se puso de manifiesto que la Procuración del Tesoro de la Nación había sostenido que el acto administrativo

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

afectado de nulidad absoluta debe ser revocado, pues la potestad que emerge del artículo 17 de la Ley No 19.549 no es excepcional, sino la expresión de un principio que constriñe a la Administración, frente a actos irregulares, a disponer la revocación (v. Dictámenes 183:275 y 221:124)".

"Asimismo, cabe resaltar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la revocación en sede administrativa de los actos nulos de nulidad absoluta tiene suficiente justificación en la necesidad de restablecer sin dilaciones la juridicidad comprometida por ese tipo de actos que, por esa razón, carecen de la estabilidad propia de los actos regulares y no pueden válidamente generar derechos subjetivos frente al orden público y a la necesidad de vigencia de la legalidad (v. CSJN, 23-4-91, Furlotti Setien Hnos. S.A. c/Instituto Nacional de Vitivinicultura, LL 1991-E:238; v., en igual sentido, CSJN, 9-6-87, Budano R. c/Facultad de Arquitectura, LL 1987-E:191)."

"También ha sentado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la estabilidad del acto administrativo cede ante errores manifiestos de hecho o de Derecho que van más allá de lo opinable, caso en el cual no pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario (v. Fallos 265:349)."

"Las precedentes consideraciones me llevan a encuadrar la hipótesis de autos en la causal contemplada en el artículo 18 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos No 19.549 (conocimiento del vicio del acto por parte del particular administrado) y sobre tal base corresponde declarar la nulidad de la Cláusula Décimo Primera del Acta Acuerdo celebrado entre el Estado Nacional y la Concesionaria con fecha 3 de octubre de 1997. ..." (Dictámenes 240:388).

"... Las previsiones del contrato no pueden alterar o derogar las normas contenidas en los pliegos y en los documentos que rigieron el llamado. La infracción a este principio puede provocar la nulidad del contrato como lo sostuvo en varias

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

oportunidades la Corte Suprema Nacional. La interpretación del contrato administrativo, a diferencia de lo que acontece en el contrato privado, atiende fundamentalmente a los documentos y actos que regularon el proceso de selección. ...”, con cita al pie de la “C.S.N., Fallos, t.97, pág. 20, t.179, pág. 289; “Jurisprudencia Argentina”, t. 75, págs. 20 y ss.”. (Bartolome A. FIORINI – Ismael MATA, “LICITACIÓN PÚBLICA – Selección del Contratista Estatal”, pag. 163).

Concluyendo, el Decreto Nº 311/16 que revoca por razones de ilegitimidad el acto de adjudicación de la obra en mención, no se funda en “caducidad”, tampoco “oportunidad, mérito o conveniencia”, sino en el actuar ilegítimo de la Administración, debido a que el acto de adjudicación y el contrato de obra pública que aprobó adolecen de irregularidades graves que los vician de nulidad absoluta. Esta circunstancia no puede ser obviada, la adjudicación revocada nunca tuvo real y efectiva vigencia por los vicios que ostentaba, es decir, nunca se subsanó la ilegitimidad de origen, con lo cual, nunca tuvo legítimo principio de ejecución.

Por lo expuesto, no corresponde hacer lugar a los pretendidos argumentos analizados en este apartado.

II-f) Por el apartado “9.”, denominado “El incorrecto enfoque técnico de la situación. La acción de lesividad.” del recurso, se insiste con “...la existencia de un contrato en ejecución, ...” que, supone la recurrente, pudo válidamente superar una adjudicación con irregularidades graves que la afectaban de ilegitimidad, entonces razona que se habría declarado la nulidad del acto “...por la nulidad misma...”, o para satisfacer principios teóricos; también aduce que la nulidad absoluta es de interpretación restrictiva y que en caso de duda debe estarse por la conservación del acto.

Luego expresa que en caso que la Administración advierta vicios graves en un acto administrativo solo podría instar la “acción de lesividad” y no revocar unilateralmente el acto, con ello, hubiera correspondido recurrir a la vía judicial para revocar el Decreto Nº 34/13 y analiza que esta sería la única opción por cuanto -insiste- habrían nacido válidamente derechos subjetivos hacia terceros, lo que

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

imposibilita la revocación de oficio; considera que en sede judicial tampoco hubiera prosperado tal acción revocatoria.

Afirma que, en cualquier caso, debió probarse la mala fe del contratista y considera que la decisión perjudica a los usuarios beneficiarios de la obra.

Al respecto la impugnante reitera la intención de introducir como premisa válida que un contrato de obra pública que adolece de vicios graves que lo nulifican y lo tornan ilegítimo puede válidamente generar derechos hacia terceros. En apartados anteriores se dio contundente respuesta negativa a dicha afirmación, la que se da por reproducida en el presente.

Además, el Decreto Nº 311/16 ha realizado un extenso y pormenorizado desarrollo de los vicios que contiene el acto de adjudicación de la obra -materializado en el Decreto Nº 34/13-, y ha citado doctrina y jurisprudencia administrativa y judicial que describen la garantía constitucional vulnerada que afectó a terceros participantes del procedimiento de selección del contratista estatal, e involucró en la concreción y perfeccionamiento de tales vicios a la Administración y a la impugnante, describiendo los efectos que acarrearón dichas violaciones; con ello, se descarta absolutamente que dicho acto se funde en la nulidad por la nulidad misma, o que ésta se hubiera declarado para satisfacer principios teóricos, o que se hubieran generado dudas respecto a si el acto de adjudicación era o no nulo.

Inclusive, en el apartado anterior también se dió respuesta a la afirmación de la impugnante referida a la necesidad de instar la acción de lesividad. Sobradas citas doctrinarias y jurisprudenciales -judiciales y administrativas-, y con expreso encuadre normativo (art. 82, N.J.F. 951/79) el Decreto Nº 311/16 justificó las facultades de la Administración para revocar el Decreto Nº 34, del 13 de febrero de 2.013 "por si y ante si".

Se dan por reproducidas también en este apartado las citas ut supra transcritas referidas a la cuestión, razón por la cual corresponde también el rechazo de la impugnación en el aspecto analizado.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

II-g) En el apartado "10.", denominado "Los presuntos incumplimientos contractuales.", la recurrente afirma que el Decreto Nº 311/16 "...adolece de diversas carencias en sus fundamentos...", y para sostener esa afirmación previamente analiza, desde su perspectiva, la descripción que realiza el acto impugnado de las actuaciones posteriores al dictado del acto nulo y las consecuencias contractuales y legales que en esa hipótesis se habrían derivado.

Analiza que, ya vigente el contrato de obra pública de su parte no hubo incumplimiento contractual, pues afirma que, cualquier incumplimiento contractual de su parte queda eximido por el hecho que el Estado Provincial también incumplió sus obligaciones contractuales -individualizadas en la falta de pago del adelanto financiero previsto en el contrato o "anticipo financiero" (fs. 20.274, entre otras)-. Se apoya en legislación civil y jurisprudencia de esa materia que sostendría su postura.

Al respecto, los considerandos del Decreto Nº 311/16 son claros y contundentes en relación con el valor legal que le propinó a las constancias documentales y actuaciones administrativas obrantes en el expediente generadas con posterioridad a la formalización del contrato de obra pública viciado de nulidad, a los fines de decidir la revocación por ilegitimidad del Decreto Nº 34/13.

Cabe recordar que el acto impugnado, luego de analizar los vicios contenidos en el acto revocado, y desarrollar la doctrina y jurisprudencia -administrativa y judicial- que lo cimienta, concluyó que se encuadraba "...la hipótesis analizada en la causal contemplada en el artículo 82 de nuestra Ley de Procedimiento Administrativo (N.J.F. Nº 951), ..., correspondiendo declarar la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial Nº 34, de fecha 13 de febrero de 2.013, suscripto por el entonces Gobernador de La Pampa, Contador Oscar Mario JORGE, por razones de ilegitimidad que vician el acto. ..." (Considerando 5º, hoja 30).

Mientras que, respecto de los antecedentes que menciona la impugnante el considerando siguiente del Decreto 311/16 contextualiza con meridiana claridad el valor legal de los mismos al expresar que, "... Los actos posteriores, por carecer de causa devienen en igualmente nulos; ..." (Considerando 1º, hoja 31).

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Aclara en el siguiente considerando el acto impugnado que, "...En razón del análisis formulado surge innecesario examinar las actuaciones posteriores al acto administrativo viciado y su contrato consecuente, sin embargo, estimo oportuno puntualizar algunos hechos que contextualizan el iter procedimental que no ha escatimado, en absoluto, en violentar norma tras norma que hubiera regido a las partes. ...".

Es decir, el Decreto Nº 311/16 efectuó una descripción de los documentos agregados a estos autos, para concluir con que "...ninguna de las partes ha cumplimentado absolutamente ni una sola de las obligaciones a las que estaba sujeta ... lo que podría hacer presuponer que serían conocedoras del vicio que lo invalida, de otro modo no hay explicación posible a tamaño desinterés -o si se quiere, desidia, indolencia o dejadez- en el cumplimiento del mismo. ..."
(Considerando 1º, hoja 34).

El considerando siguiente expone que tal presunción podría corroborarse si se consideran e interpretan los alcances de la opinión vertida por esta Asesoría Letrada de Gobierno cuando analizó que el trámite legislativo que se propició desde fojas 19.912 en adelante, referido a la aprobación de demasías y economías del contrato.

El mismo acto administrativo expresó que la Ley que se impulsaba en ese entonces "...tenía por objeto interesarse "...no sólo respecto de la autorización en cuanto a la aprobación de demasías y economías, sino además a modo de entender sobre el mencionado contrato de obra pública.", en clara alusión a que sólo el Poder Legislativo podría haber convalidado todas las violaciones a los antecedentes de hecho y derecho antes analizados, mediante el dictado de una Ley especial, norma que además podría ser de dudosa constitucionalidad (cfr. Fallos: 320:1166, 315:839; 322:2346). -Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema-. -Del precedente "Agüero"- (Coronel, Jorge Fernando c/ Estado Nacional y otros s/ amparo e inconstitucionalidad. Sentencia del 12 de Mayo de 2009). ..."
(Considerando 2º, hoja 34).

De lo transcripto surge absolutamente claro que el acto impugnado en ningún momento fundó su decisión revocatoria en los documentos agregados a estos autos

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

y generados con posterioridad al acto de adjudicación viciado de ilegitimidad, pues los consideró nulos por carecer de causa.

Entonces, en esta instancia tampoco resulta legal y jurídicamente procedente analizar los efectos de un contrato nulo, ya que es solo una hipótesis teórica, abstracta e irrealizable en el caso concreto.

Por ello, desde esta perspectiva también corresponde el rechazo de la pretensión recursiva.

II-h) Por el apartado "11.", titulado "En subsidio plantea alternativa para la resolución del conflicto" realiza una reseña de los títulos desarrollados en el recurso y plantea que se realice una consulta previa y formal al E.N.O.H.SA., y luego "...como alternativa que el Sr. Gobernador considere ejercer la potestad ius variandi y proceda a reducir el objeto del contrato de obra, eliminando el punto relacionado al crédito, dejándose desde ya manifestado que esta contratista acepta (y aceptó) de conformidad dicha modificación al contrato, teniendo siempre en miras la concreción de la obra y el mayor beneficio para la Provincia de La Pampa. ..." (fs. 20.276 vta.).

El párrafo transcripto es el corolario de la sin razón del planteo recursivo.

Efectivamente, la recurrente peticiona que el Poder Ejecutivo deje sin efecto el Decreto Nº 311/16, esto es, que la Administración obvie e ignore los vicios notorios y graves que nulifican el Decreto Nº 34/13.

Al resultar notorios y graves los vicios de los que adolece el acto administrativo numerado 34/13, insoslayablemente esa circunstancia lo torna nulo e ilegítimo -estos extremos han sido corroborados en el expediente por el Tribunal de Cuentas Provincial conforme ACTA 6863 (fs. 20076)-, consecuentemente a mérito de dicho acto no "...pueden hacerse valer derechos adquiridos, ni cosa juzgada, ni la estabilidad de los actos administrativos firmes y consentidos, toda vez que la juridicidad debe prevalecer por sobre la seguridad precaria de los actos administrativos que presentan vicios graves y patentes, manifiestos e indiscutibles y que, por ello, ofenden el interés colectivo primario. ..." (v. Fallos 265:349).

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Entonces, cualquier decisión que se tome en relación con la subsistencia en el mundo jurídico del Decreto Nº 34/13 no lo transforma en legítimo, al contrario, esa decisión estaría viciada de nulidad desde su origen.

Se reitera, no resulta -en absoluto- procedente el pedido de la recurrente, referido a que se obvien los vicios graves que provocaron la nulidad por ilegitimidad del Decreto Nº 34/13, pues porque tal decisión no saneará tales graves falencias y además estará viciada desde su inicio, del mismo modo que los actos posteriores que se generen a partir de ella.

Con lo dicho, también corresponde rechazar el planteo recursivo desde la perspectiva analizada en este apartado.

III- Por lo ut supra expuesto, y de conformidad con las competencias otorgadas en el inciso b), del artículo 2º de la Ley Nº 507, este Órgano consultivo entiende que corresponde rechazar el planteo recursivo interpuesto contra el Decreto Nº 311/16 por SUPERCEMENTO SAIC -CONSTRUCTORA OAS S.A. UTE. ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO”.-

A fs. 20.325 el Sr. Gobernador de la Provincia mediante el Decreto Nº 971/2016 rechaza el Recurso de Reconsideración.

A fs. 20.438 el Consejo de Obras Públicas mediante Resolución Nº 127/2016 resuelve aconsejar; “Se prosiga con las actuaciones tramitadas por el Ministerio de Obras Y Servicios Públicos, en las que se recomienda revocar el procedimiento licitatorio, para la ejecución de la obra “ACUEDUCTO DEL RÍO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA”, encuadrando el procedimiento en el artículo 40 del pliego de bases y condiciones, y el artículo nº 37 de la Ley General de Obras Públicas Nº 38 y sus modificatorias.

A fs. 20.442/20.443 el Gobernador de la Provincia mediante Decreto Nº 1166/2016 revocó el procedimiento licitatorio tramitado

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

mediante expediente N° 14.970/2008 caratulado: "MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS S/OBRA ACUEDUCTO DE RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA." de conformidad con lo preceptuado en el artículo 40 del Pliego de Bases y Condiciones y artículo 37° de la Ley General de Obras Públicas N° 38.

ANALISIS:

Como regula el Pliego de Bases y Condiciones en su art. 1 titulado "OBJETO DE LA LICITACION" *"la licitación pública, tiene por objeto contratar la financiación parcial, suministro de materiales, y ejecución de las obras del acueducto del Rio Colorado y Obras Complementarias al Norte de la Ciudad de Santa Rosa".*

La Ley Provincial N° 38 LEY GENERAL DE OBRAS PUBLICAS prescribe: **Artículo N° 15**; *"El pliego de bases y condiciones determinará con precisión la forma como debe medirse y pagarse la obra y contendrá disposiciones para los casos particulares de medición de estructuras incompletas", en su Artículo N° 42; "Formarán parte del contrato que se suscribe las bases de licitación, el pliego de condiciones, las especificaciones técnicas y demás documentos de la licitación."*

La doctrina enseña, respecto al Pliego de Bases y Condiciones que: *"Ese conjunto de reglas que constituyen las bases del llamado o pliego de bases y condiciones son obligatorias para los oferentes y para la administración misma por el principio de la confianza legítima y la razonable expectativa de los oferentes de que tales reglas habrán de ser respetadas y cumplidas por el licitante. Importa destacarlo, pues muchas veces el funcionario incurre en el error de pensar que el concurso público importa la ausencia de reglas, cuando en realidad y como mínimo está obligado por las suyas propias que no sean absolutamente nulas, p. ej.,*

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

las cláusulas que pretenden la irrevisabilidad jurisdiccional del resultado del concurso o sus actos de trámite.” (Gordillo – Tomo II. Cap. 12 – pág. 512).

De la lectura de las constancias del expediente ha quedado acreditada una clara contradicción entre lo prescripto por el Pliego de Bases y Condiciones y los actos (viciados según fueron señalados por el Asesor Letrado de Gobierno) referidos en los dictámenes transcritos “supra”.

Planteado lo anterior, es que estamos en condiciones de identificar, en el **Expediente N° 14970/2008**, etapas con **graves irregularidades** (sin perjuicio de las que se formulen al momento de la imputación).

a.- El Decreto N° 34/13 contraviene las claras directrices del Pliego de Bases y Condiciones oportunamente aprobado.

b.- Asimismo, ignora el “Control Previo” a cargo de la Contraloría del Tribunal de Cuentas.

c.- No se cumplió el plazo previsto en el Pliego de la licitación para la celebración del Acta de Replanteo. Tampoco se cumplieron los plazos de inicio de obra.

d.- No se obtuvo la Anuencia de ENOHSA como requería la documentación contractual.

SUSCRIPCION CONCOMITANTE DEL CONTRATO DE OBRA E INSTRUMENTACION DE OPERACION DE CREDITO PUBLICO

La licitación, tenía un triple objeto (Art. N° 1 del P.B. y C.).

Tal como se refirió, mediante **Resolución N° 133/10** suscripta por el Ministro de Obras y Servicios Públicos, en el marco del procedimiento de la licitación pública y habiendo elegido la oferta mas conveniente, se

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

resolvió preadjudicar la licitación a la empresa SUPERCEMENTO S.A. – OAS CONSTRUCTORA LTDA. (art. 1º), y requirió “...al oferente...la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino, del financiamiento ofrecido en la oferta...”, y agregó a párrafo seguido que, “...de no formalizarse tal operación de crédito, la preadjudicación en este acto instrumentada quedará sin efecto, no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna -de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación-. ...” (art. 2º).

Posteriormente, se agregó el proyecto de Decreto por el que se propiciaba adjudicar la obra y el modelo de contrato a suscribir con la adjudicataria -el que responde en su texto al anexo XXI: MODELO DE CONTRATO, del pliego de bases y condiciones que rigiera la Licitación, acordado como documentación licitatoria en el Convenio de fecha 31 de Marzo de 2009.-

El Ministro de Obras y Servicios Públicos (fs. 18.055/18.056) y la Asesoría Letrada delegada en el Ministerio de Obras y Servicios Público (fs. 18.054) analizaron los **PROYECTOS** de Decreto de Adjudicación y Contrato de Obra Pública, aconsejando adjudicar la licitación **sin ningún tipo de observaciones legales al trámite con la salvedad que prescribe el art. 1º del P.B.C.-**

El entonces Ministro de Obras y Servicios Públicos, Sr. Paulo BENVENUTO, a fs. 18800, suscribe una nota dirigida a Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas, por la que le hace saber la remisión de las actuaciones a los fines de la “**vista previa**” -establecida en el artículo 2º del Decreto Ley 513/69-. En la nota informó que se estaba en condiciones de concluir la operatoria del crédito público a los fines de financiar la obra, y se aclaró que la “...instrumentación de operación de crédito público ... requerirá **suscripción concomitante del contrato de obra a la que va destinada.- ...**”.

Posteriormente, mediante Nota suscripta por la C.P.N. Marcela

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

B. BIDE y la C.P.N. María Alejandra MAC. ALLISTER, la Contraloría Fiscal del Tribunal de Cuentas, a fs. 18.801/2, al analizar los proyectos de Decreto y Contrato devuelve el trámite, observando la redacción del Decreto proyectado y solicitando la agregación de la documentación. -

Se agrega el proyecto de decreto de adjudicación de la obra con las correcciones que señalara la Contraloría Fiscal, lo que se le da nuevamente intervención a ésta última, quien "...conforma ..." el trámite teniendo en cuenta el modelo de contrato primeramente informado y el nuevo modelo de Decreto, elaborado en base a las correcciones que se habían solicitado.-

El 13 de Febrero de 2013, se dictó el Decreto N° 34/2013 suscripto por el entonces Gobernador de la Provincia de La Pampa Contador Público Oscar Mario JORGE, por el que se aprobó la licitación, y se adjudicó la obra al oferente preadjudicado por el monto de su oferta (art. 1º);

Aprobó el modelo de contrato a suscribir con la adjudicataria, que se agregó como anexo al mismo (art.2º);

Requirió del oferente (ya adjudicatario) "...la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento ofrecido en la oferta pre adjudicada por Resolución N° 133/10 -MOSP-..." por el monto que allí detalla, y estableció a párrafo seguido que, "... . De no formalizarse tal operación de crédito, la adjudicación en este acto instrumentada quedará sin efecto no dando lugar a derecho, acción, reclamo ni indemnización alguna por parte de la adjudicataria, de conformidad a lo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzará en el plazo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la licitación para la firma del acta de replanteo de obra. ..." (art. 3º);

Seguidamente, se agregó el modelo de contrato aprobado por el mencionado Decreto N° 34/13, el que prevé en su articulado el objeto y la forma de llevarse a cabo el mismo, asimismo prescribe una "CLAUSULA TRANSITORIA" por la que se dispuso que la contratista se comprometía a

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

tramitar y otorgar el crédito a favor del Estado Nacional, y perfeccionado el mismo, comenzaría el plazo de 30 días previsto en el artículo 48 del Pliego de Bases y Condiciones y en caso de no formalizarse dicha operación de crédito público el contrato quedaría sin efecto.-

Es aquí puntualmente donde observamos una clara contradicción entre el Decreto N° 34/13, y el proyecto de decreto “**conformado**” por el Tribunal de Cuentas (El proyecto estaba de acuerdo a las prescripciones claras del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación).

Los funcionarios que intervinieron en la preparación del Decreto n° 34/13 y el propio ex gobernador de la Provincia, con su actuación, se apartaron de lo ordenando por el Pliego de Bases y Condiciones .

Mientras que el artículo 41 del Pliego de Bases y Condiciones señala: “ *...**simultáneamente** con la suscripción del CONTRATO con el COMITENTE, **deberá** formalizarse la operación de crédito con el ESTADO NACIONAL, sobre la base del FINANCIAMIENTO OFRECIDO por el ADJUDICATARIO, y en las condiciones aprobadas por las autoridades competentes, de acuerdo a lo previsto en el art. 35 del PBC.-”.*

Es decir, el Decreto N° 34/13 **permitió, ilegítimamente, la formalización del contrato de obra, sin que simultáneamente se formalice la operación de crédito público con Estado Nacional, conditio sine qua non** que requería el Pliego de Bases y Condiciones.-

CONTROL PREVIO POR EL TRIBUNAL DE CUENTAS

A su vez, se omitió intencionalmente el control previo por el Tribunal de Cuentas:

DECRETO LEY N° 513-1969: “LEY ORGANICA DEL TRIBUNAL DE CUENTAS DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA”

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Artículo N° 2 dice:

“Los poderes públicos del Estado y los organismos autárquicos o descentralizados, darán vista por diez (10) días al Tribunal, de toda actuación por la que se proyecte disponer, aprobar, modificar, suspender, rechazar, dejar sin efecto o anular: 1° La adjudicación en concesiones, licitaciones públicas o privadas, concursos de precios o contrataciones directas; 2° contratos para vender, permutar, gravar, o donar, o que puedan afectar el uso, goce, tenencia, disponibilidad o el valor real o venal de bienes del Estado; (...) La autoridad que dicte el acto será responsable por el cumplimiento de la vista ordenada en este artículo. ...”.-

Artículo N° 7° dice:

“Sólo los titulares de los poderes públicos provinciales podrán disponer, bajo su exclusiva responsabilidad, mediante resolución fundada y para cada caso en particular la formalización de un acto rechazado por el Tribunal de Cuentas o la omisión de la vista, ordenada en el Artículo 2°. El acto solo tendrá vigencia luego de notificada la resolución al Tribunal.

Artículo N° 8° dice:

“Pendientes los efectos de un acto dictado en violación a lo dispuesto en el artículo 7°, y comprobado el perjuicio patrimonial al Estado, proveniente de trámites ilegítimos, el Tribunal dará intervención al Fiscal de Estado para que accione judicialmente su nulidad. Si los efectos del acto se estuvieren cumpliendo o se hubieren cumplido, el Tribunal sustanciará juicio de responsabilidad contra quienes corresponda, en la forma indicada en el Capítulo IV.”

Artículo N° 10° dice:

“Las autoridades que dicten o refrenden un acto serán solidariamente responsables, por la legitimidad del trámite, con los integrantes del Tribunal o los contadores fiscales que hubieran aprobado el proyecto respectivo.”

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

En oportunidad de expedirse el Tribunal de Cuentas respecto del **proyecto** del que en definitiva fue el **Decreto N° 311/16** (por el cual se revocó el Decreto 34/13 por razones de ilegitimidad) se sostuvo:

“...

ACTA N° 6863

En la ciudad de Santa Rosa, el día de la fecha, 23 de febrero de 2016, siendo las 10,00 hs. se reúnen los integrantes del Tribunal de Cuentas de La Pampa Dr. Jose Roberto **Sappa**, C.P.N. María Alejandra **Mac Allister** y Dr. Francisco **García** con el objeto de cumplimentar la Resolución N° 22/2016 de este organismo y **expedirse respecto del proyecto de decreto** glosado a fojas 20028 a 20061 del expediente N° 14970/2008 caratulado "MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS - SI OBRA ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO y OBRAS COMPLEMENTARIAS UBICADAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", por el que se proyecta revocar por razones de ilegitimidad el Decreto N° 34/13 y dicen:

- 1) Con fecha 18 de febrero del corriente ingresó al Tribunal de Cuentas de La Pampa el expediente precitado a los fines de solicitar la intervención previa de Contraloría Fiscal para el dictado del acto proyectado a fajas 20028 a 20061.
- 2) Por dicho acto se **proyecta revocar** el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 34/13 por razones de ilegitimidad, forma de extinción del acto administrativo contemplada en el artículo 82 de la N.J.F. N.º 951.
- 3) Por Resolución N° 22/2016 de este organismo se dispuso la avocación del Tribunal de Cuentas al análisis y consideración del proyecto de autos.
- 4) A fojas 19983 a 20027 del expediente N° 14970/2008 obra Dictamen N° 18/16 de la Asesoría Letrada de Gobierno en que se detallan minuciosamente las actuaciones llevadas adelante en el proceso licitatorio de

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

referencia, así como las irregularidades que fundan la procedencia del acto precitado.

5) Dichas irregularidades dan cuenta de la **inobservancia** -entre otros aspectos- del apego al pliego licitatorio específico y del apartamiento del procedimiento establecido en el artículo 2° del Decreto Ley N° 513/69, al suscribirse con el contratista **un contrato diferente** de aquel respecto del cual se expidiera este Tribunal e **incluso modificador del pliego** que rigió la licitación pública de marras.

6) En efecto, a fojas 19516 obra intervención de la Contraloría Fiscal de fecha 27 de diciembre de 2010. por la que **se conforma el proyecto** de decreto aprobatorio de la Licitación Pública N.O 01/09 Y su adjudicación a la empresa Supercemento SAIC - Constructora OAS LTD (U.T.E.), autorizándose la suscripción del modelo de contrato glosado a fojas 18082 y 18083.

7) Con fecha 13 de febrero de 2013, es decir **tres años después de la intervención de la Contraloría Fiscal**, el Poder Ejecutivo Provincial dicta el Decreto de aprobación y adjudicación de la licitación pública, **aprobando un modelo de contrato distinto al oportunamente conformado por dicha Contraloría.**

8) A fojas 19598 y 19599 obra el contrato suscripto entre el Estado Provincial y el contratista el día 20 de marzo de 2013.

9) De la lectura de ambos textos surge que **el modelo de contrato conformado no incluía la cláusula** posteriormente incorporada como "ARTICULO.7°: CLAUSULA TRANSITORIA que reza:

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

"La contratista" **se compromete** a la tramitación y otorgamiento a favor del Estado Nacional Argentino del financiamiento ofrecido en la oferta adjudicada por Decreto N° 34/13, por un monto de TREINTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y SEIS DOLARESESTADOUNIDENSES (u\$s 38.757.936,00.-). De **no formalizarse** la operación de crédito mencionada, el presente contrato quedará sin efecto no dando lugar a derecho, acción, reclamo, ni indemnización alguna por parte de la contratista. Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzarán los plazos previstos en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación para la firma del acta de replanteo de obra".

10) Lo expuesto constituye la materialización de un **acto administrativo diferente, violatorio de las disposiciones legales vigentes** en materia de licitación pública y arbitrariamente sustraído del control que ordena el artículo 2° del Decreto Ley N° 513/69.

11) El artículo 7° del Decreto Ley N° 513/69 establece que sólo los titulares de los Poderes Públicos Provinciales podrán disponer bajo su exclusiva responsabilidad mediante resolución fundada y para cada caso en particular la formalización de un acto rechazado por el Tribunal de Cuentas o la omisión de la vista ordenada en el artículo 2°, disponiendo que en tal caso el **acto sólo tendrá vigencia luego de notificada la resolución al Tribunal.**

12) A la fecha no se ha dictado el acto de referencia, razón por la que no se encontraría configurada la actividad procesal que el ordenamiento jurídico determina.

13) El dictado de un acto en **omisión a la vista previa** de este órgano de control constituye la **excepcional** y última ratio iuris instituida en salvaguarda del principio de legalidad que rige las actuaciones

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

administrativas, soslayada en autos en abierta confrontación con la normativa provincial vigente.

14) Corresponde a citas doctrinarias.....

15) En La Pampa, el Tribunal de Cuentas posee rango constitucional desde el origen mismo del Estado Provincial. Así lo consideraron los Convencionales Constituyentes de 1952 al decir "'". Se expresa la necesidad que haya una previsión constitucional expresa, porque ello constituye una garantía de la supervivencia, del mantenimiento del sistema que se adopta."

16) Respecto del llamado "**control previo**" es anterior a la rúbrica del acto por la autoridad competente **con el objeto** de prevenir los daños que pueden acarrear actos viciados. De esta forma se ejerce el control de juridicidad pues al decir de Sesin " .. *debemos hablar de requisitos de juridicidad y, consecuentemente, control de juridicidad: su razón es que la terminología actualmente en uso, legitimidad o legalidad, podría entenderse prima facie demasiado apegada a la ley y olvidar de tal forma que la Administración moderna debe someterse a un contexto mucho mas amplio. De tal manera, también son elementos que hacen a la juridicidad del acto: la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente; ..* " (Domingo Sesin. Tribunal de Cuentas. Importancia y alcance del control previo. Nuevas perspectivas").

17) En tal sentido, **el proyecto** sometido a control previo **debe ser definitivo**, esto es expresión del decisorio que la Administración hará nacer a la vida jurídica para cumplir el propósito que persigue pues, **en su defecto**, la intervención de este Tribunal **carecería del efecto legal** que la normativa le ha otorgado.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

18) Tal relevancia posee la intangibilidad del acto sujeto a control previo, que el Decreto Ley N° 513/69 en su artículo 9° establece la solidaridad de los contadores fiscales que aprueban el proyecto, con la del funcionario que lo dicta.

19) Por lo expuesto, el **relegamiento intencionado** del órgano de control **sumado a la ausencia de dictado del acto que funde la omisión** de vista bajo exclusiva responsabilidad del funcionario que lo dicta, **no constituye una irregularidad subsanable** y conlleva una **gravedad proporcional al incumplimiento de los mandatos constitucionales** y a la desprotección de la ciudadanía frente al obrar ilegítimo de la Administración Pública.

20) En autos, la naturaleza de la acción potencia el daño, toda vez que se desarrolla en un proceso tendiente a la satisfacción de un servicio público con lesión de los derechos de los restantes oferentes. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que no se pueden incorporar al contrato cláusulas ventajosas al contratista que no se encuentren previstas en el pliego (Fallos 3,16:382, "Vicente Robles c. Estado Nacional Servicio Nacional de Parques Nacionales *si* nulidad de resoluciones" 30103/1993).

21) Tampoco podemos soslayar la situación de aquellos a quienes Comadira ha denominado los autoexcluidos, es decir aquellos particulares que, de haber sido otras las bases y condiciones de los pliegos, se hubieran presentado en el procedimiento de selección contractual. En esta línea se ha puntualizado: " (...) *el llamado y sus condiciones delimitan, en efecto, un marco de oferentes excluidos potencial o realmente, que no puede ser alterado en perjuicio de ellos abriendo, con posterioridad e indebidamente, posibilidades o alternativas que inicialmente no se contemplaron o directamente se negaron*" (Julio P. Comadira. La situación jurídica subjetiva de los oferentes, autoexcluidos y terceros en los procedimientos de selección contractual y durante la ejecución y extinción de

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

los contratos" en "Derechos, garantías y potestades en los contratos públicos". Jornadas organizadas por la Universidad Austral. RAP 2013 pg 287).

22) Este Tribunal comparte en todos sus términos el Dictamen Jurídico N° 18/16 de Asesoría Letrada de Gobierno, al que se remite *brevitatis causae*; al que agrega las fundamentaciones precitadas como causales constituyentes de vicio insanable que determinan la revocación propiciada.

23) Por otra parte ha sido pública la opinión de este Tribunal vertida en oportunidad en que los medios de prensa solicitaron del organismo su parecer en la actuación referenciada y a la que los ciudadanos pueden acceder por cotejo de las mismas.

24) No escapa a este Tribunal que la revocatoria de actos administrativos por razones de ilegitimidad constituye un remedio excepcional y configura -en La Pampa- un lamentable precedente que no sólo no debe repetirse, sino habilitar la pertinente instancia de investigación de responsabilidades, por ante la Fiscalía de Investigaciones Administrativas, en el tiempo procesal oportuno.

25) Tal investigación resulta indispensable y previa a los fines de imputar posibles daños al Estado mediante la justipreciación pertinente (artículos 19 y ccs. del Decreto Ley N.O 513/69).

Por lo expuesto, el Tribunal de Cuentas de la Provincia de La Pampa:

conforma el proyecto de decreto glosado a fojas 20028 a 20061 del expediente N° 14970/2008 solicitando a la autoridad administrativa que en el tiempo procesal oportuno y atento lo manifestado por el Asesor Letrado de Gobierno y compartido por este Tribunal, se de vista a la Fiscalía de Investigaciones Administrativas a los efectos de la determinación de las responsabilidades que surjan de las presentes tramitaciones.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

PLAZO DEL ACTA DE REPLANTEO

El Artículo N° 3° último párrafo, del Decreto finalmente sancionado (Decreto N° 34/13) que establece "... *Perfeccionado el otorgamiento del crédito mencionado, comenzará en el plazo previsto en el Pliego de Bases y Condiciones de la Licitación para la firma del acta de replanteo de la obra...*"; texto de similar tenor al contenido en el último párrafo de la "CLAUSULA TRANSITORIA" séptima del contrato que ya había aprobado por el artículo 2°.

Por lo que se estaría vulnerando nuevamente el Pliego de Bases y Condiciones.

El último párrafo del artículo N° 48 del P.B.C., establece un plazo de 30 días corridos, computados a partir de la fecha de la firma del contrato, dentro del cual debía formalizarse el Acta de Replanteo de la Obra.

Es, decir se amplió en forma ilegítima el plazo de comienzo de ejecución de obra, pasando de 30 días corridos de la firma del contrato, a 30 días corridos del "perfeccionamiento del crédito..."; lo que permitió que el comienzo de obra fuera varios años después de la firma del contrato.

ANUENCIA DE ENOHS

El "CONVENIO DE ASISTENCIA TÉCNICA, ECONÓMICA Y FINANCIERA "ACUEDUCTO DEL RIO COLORADO Y OBRAS COMPLEMENTARIAS AL NORTE DE LA CIUDAD DE SANTA ROSA", de fecha 31 de marzo de 2009, suscripto por el Ente Nacional de Obras Hídricas y Saneamiento y el entonces Gobernador de la Provincia, Contador Oscar M. JORGE, agregada a fojas 1.094/8, dispuso que, "...El borrador de

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

dicho contrato deberá contar con la anuencia del ENOHS..." (Cláusula "SEGUNDO", apartado c), in fine); tal requisito **no se verifica en el expediente.**

También, el mentado convenio estableció que, "... *Las disposiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones relativas al financiamiento de obra, así como la eventual aprobación y formalización del financiamiento, deberán contar con la aprobación de la autoridades nacionales competentes, de conformidad con lo regulado por la Ley 24.156, el Decreto N° 1344/07 y las normas complementarias que resulten competentes. ...*" ("CUARTA", apartado b), tercer párrafo).

Sin embargo, una vez más **se vulneraron las normas del pliego de bases y condiciones y su documentación anexa.-**

DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

A título ilustrativo se transcribe a continuación doctrina y jurisprudencia que avalan lo afirmado precedentemente y refuerzan la argumentación de la Asesoría Letrada de Gobierno (en los dictámenes citados) y del Tribunal de Cuentas (Acta N° 6863).

*** Pliego de bases y Condiciones:**

El principio de igualdad en la licitación pública. Sus implicancias en la modificación de los pliegos y en la ejecución del contrato administrativo.

El principio de igualdad y la modificación de los pliegos.

"... una de las situaciones que se pueden presentar a partir de la aplicación del principio de igualdad a la licitación pública, al contrato administrativo que surge

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

como corolario de dicho procedimiento, y respecto de la cual dicho principio surte efectos es la relativa a la modificación de los pliegos de bases y condiciones. Para el estudio de este punto deviene necesario indagar en diversas cuestiones. Por un lado en la naturaleza jurídica de los pliegos de bases y condiciones toda vez que esa cuestión, según cierta doctrina, tiene incidencia a la hora de interpretar el poder de modificación respecto de ellos. Por otro lado, es necesario a los fines de desentrañar la cuestión expuesta en este punto hacer hincapié en las distintas etapas del procedimiento licitatorio y las implicancias de la modificación de los pliegos en cada una de ellas. Por último, a los efectos de analizar este punto, cabe referirse a las distintas cláusulas que integran un pliego de bases y condiciones y la posibilidad de modificación de ellas.

Se entiende por pliego de bases y condiciones al documento elaborado por la Administración Pública en el que ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y el régimen de ejecución del contrato de que se trate (Cfr. COMADIRA, Curso..., p. 839.). (...) se ha sostenido que atento a que el llamado a selección y la puesta a disposición de los interesados del pliego de que se trate cierra el procedimiento interno de la Administración (elaboración y aprobación de los pliegos), a partir de tal momento ellos son inalterables, salvo supuestos excepcionales y en tanto en forma previa se hayan cumplido los recaudos específicos (Cfr. FARRANDO, op. cit, p. 234.).(...) En ese sentido, se sostiene que a través del llamado se fija la fecha exacta de presentación de ofertas, previendo a tales fines un tiempo prudencial que los potenciales interesados pueden necesitar para preparar su oferta. Incluso aunque se trate de modificaciones al pliego que fueren de menor trascendencia, esa modificación puede resultar determinante para terceros al punto que de haberlas conocido con anterioridad habrían ofertado, quedándose sin tiempo para ello cuando conocen la modificación. De aceptar ese proceder de la Administración se frustrarían los principios de igualdad y concurrencia (Cfr. Ibid. No obstante ello Farrando admite la posibilidad de modificación del pliego en la medida en que se postergue el llamado en una plazo idéntico al establecido para la presentación de ofertas, pero siempre tratándose de supuestos de excepción. En el mismo sentido ver DROMI, La licitación..., p.270 y PTN Dictámenes 178:127 y 197:15.). Ahora bien, si la modificación derivase de una

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

norma general, legal o reglamentaria de mayor jerarquía, corresponde la aplicación de la nueva norma aunque ello no exime por sí la procedencia de la responsabilidad del Estado por los actos legislativos o reglamentarios (DROMI, *La licitación...*, p.270.).

Siguiendo el iter cronológico del procedimiento licitatorio, Cassagne enseña que, una vez presentadas las ofertas y hasta la adjudicación, si bien los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario quedan bajo un régimen peculiar por el que en principio se excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las que los oferentes formularon sus propuestas, excepto que la modificación tenga lugar para permitir la subsanación de recaudos formales (CASSAGNE, "El contrato...", p. 51.).

Respecto de la mencionada etapa la Procuración del Tesoro de la Nación ha señalado que: "...no obstante la estabilidad que caracteriza a los pliegos por la que en principio la Administración no puede alterarlo, modificarlo o rectificarlo después de efectuado el llamado a licitación, frente a determinadas circunstancias la Administración puede verse en la necesidad de modificarlos (DROMI, *La licitación...*, p.269.). Sin embargo, en caso de que la modificación tenga lugar con posterioridad a la presentación de las ofertas, importa virtualmente un nuevo llamado a licitación sobre las bases de las nuevas condiciones establecidas (DROMI, *La licitación...*, p.270.). En consecuencia, los oferentes pueden retirar sus ofertas y el depósito de garantía que hubieren realizado teniendo derecho a que se les repare todo perjuicio patrimonial sufrido. En efecto, las modificaciones que se introduzcan al pliego luego de la presentación de las ofertas carecen de efectos respecto de los oferentes que se hubieren presentado a la licitación. Este es el modo de evitar defraudar las expectativas de todos los interesados en acudir al acto, que omitieron su participación inicial debido a las estipulaciones del pliego que fue luego modificado. Por su parte Farrando ha negado la posibilidad de realizar la modificación de los pliegos con posterioridad a la fecha de presentación de propuestas y a la adjudicación, admitiendo únicamente la realización de aquellas modificaciones que obedecen a las causas específicas fijadas por la normativa general de aplicación y con los límites que en ella se establezcan (Cfr. FARRANDO, *op. cit*, p. 235.). Por último, una vez producida la adjudicación y durante la etapa de ejecución, (...)

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Cassagne señala que los pliegos integran la relación contractual, se incorporan al contrato, relativizándose su inalterabilidad por el principio de mutabilidad por razones objetivas de interés público, cambio de circunstancias, etc, a condición de que ello igualmente hubiera ocurrido cualquiera hubiera sido el oferente (Cfr. CASSAGNE, "El contrato...", p. 51.).

En esta etapa la administración no podrá modificar las condiciones que se tuvieron en cuenta al ofertar, siquiera en favor del adjudicatario, atento a que quebraría el principio de igualdad perjudicando a los otros oferentes que no resultaron adjudicatarios, como así tampoco en contra del adjudicatario en tanto ello vulneraría sus derechos subjetivos (Cfr. DROMI, La licitación..., p.271.). Por su parte la Procuración del Tesoro de la Nación con cita a dictámenes 202:64 la ha señalado que: "...Durante toda la sustanciación del procedimiento debe mantenerse un trato igualitario entre los oferentes que en síntesis se traduce en la estricta observancia de la legalidad, aplicando el ordenamiento que rige la licitación pública sin ningún tipo de discriminaciones que benefician a unos en perjuicio de otros, ni tampoco importen modificaciones en los pliegos de bases y condiciones" (PTN, Dictámenes 249:592 del 23/06/2004.)

En una postura extrema Fiorini sostiene que: "La documentación que sirve para promover el procedimiento de selección debe ser inalterable. La demanda formulada por la Administración tiene que ser inmutable para satisfacer los principios del correcto comportamiento y del trato igualitario en la faz procesal de la adjudicación. Por cierto, ello no quiere decir que el Estado esté privado del derecho de modificar las bases de su llamado, pero si lo hace, deberá dejar sin efecto la selección en curso e iniciar otro conforme a las nuevas bases" (Bartolomé. A, FIORINI, Manual de derecho administrativo, tomo II, La ley Buenos Aires, 1968, p. 661.).

Para concluir lo relativo a la posibilidad de la Administración de modificar los pliegos de bases y condiciones, cabe distinguir las distintas cláusulas que lo integran. En efecto, los pliegos de bases y condiciones contienen por un lado disposiciones de contenido contractual y por otro lado disposiciones de contenido reglamentario (Cfr. MARIENHOFF, op. cit., p. 74. En el mismo sentido ver DROMI, Acto Administrativo..., p. 3.3. Por su parte y en el mismo orden se ha señalado en

PROVINCIA DE LA PAMPÁ

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

relación a las cláusulas que componen un pliego de bases y condiciones que existen: "...aquellas que regulan el procedimiento de selección del contratista o normas de procedimiento, y aquellas que regulan la ejecución del contrato o normas contractuales..." FARRANDO, op. cit, p. 239 (Cap. VI por Daniel Gómez Sanchís). En relación a las disposiciones de contenido contractual, ilustra Marienhoff, que no pueden ser modificadas luego de efectuada la adjudicación toda vez que ello implicaría una violación al contrato. Sin embargo, a su criterio, sí podrían ser modificadas antes de la adjudicación, incluso una vez ya presentadas las ofertas, ello toda vez que, si puede dejar sin efecto la licitación con mayor razón podría modificar los pliegos (Cfr. MARIENHOFF, op. cit., p. 74.). Aunque en este caso esa actitud de la Administración debería considerarse similar al supuesto en que la licitación es dejada sin efecto.

En lo que hace a las disposiciones de contenido reglamentario, aún cuando no revistan el carácter de cláusulas de tipo contractual, en tanto ellas implican el derecho vigente y aplicable al trámite de la licitación no podrían tampoco alterarse o dejarse sin efecto si ello produjere un menoscabo patrimonial a los oferentes.

- El principio de igualdad y su proyección sobre el contrato administrativo.

En este punto se continuará analizando el mentado principio de igualdad pero ahora haciendo hincapié en la proyección de este una vez que culminó el procedimiento de selección y se encuentra celebrado el contrato administrativo.

En ese sentido, a esta altura no hay vacilación con relación a la aplicación del principio de igualdad en la etapa de ejecución del contrato administrativo, en esa línea se han manifestado tanto la doctrina como la jurisprudencia. Así, se ha señalado que la igualdad trasciende el procedimiento de selección para surtir efectos durante la ejecución del contrato, vedando de tal modo la posibilidad de conceder ventajas al adjudicatario que alteren lo establecido en el pliego de bases y condiciones y lo concertado en el contrato, pudiendo impugnarlas incluso los terceros interesados por afectar este principio (Cfr. FARRANDO, op. cit, p. 236.).

En la misma línea se ha indicado que "...Si bien el principio de igualdad está primordialmente destinado a regir durante los procedimientos de selección, su vigencia trasciende y se proyecta a la etapa de ejecución de los contratos

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

administrativos" (Horacio P., DIEZ, "La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado. La proyección de ese principio durante la etapa de la ejecución del contrato administrativo" en AA.VV., Cuestiones de contratos administrativos en homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Buenos Aires, Rap, 2007, p. 62.).

En efecto, durante la etapa de ejecución del contrato pueden presentarse diversas situaciones que pongan en jaque el principio de igualdad, especialmente si se introdujeran modificaciones al contrato en contradicción con las bases de la convocatoria y de la selección previamente realizada en función de las ofertas recibidas por la Administración. Si en esas circunstancias se introdujeran variantes que implicaran ventajas para el contratista no previstas en el llamado y en los pliegos originarios y ajenas a la oferta aceptada, aquellos que participaron en la puja y aquellos potenciales oferentes podrían considerar afectado el principio de igualdad. Los primeros en la medida en que podrían haber propuesto una mejor oferta a la luz de las modificaciones introducidas y los segundos en la medida en que de haber existido esas nuevas condiciones al momento del llamado habrían ofertado en lugar de abstenerse de hacerlo.

En este orden de ideas la Procuración del Tesoro de la Nación ha dicho que: "se quiebra el principio de igualdad si después de adjudicado el contrato se alteran las bases de la licitación y se introduce una variante que implique beneficiar, al margen de las condiciones generales de la licitación al que resultó adjudicatario" (PTN, Dictámenes 164:82).

A esta cuestión relativa a la proyección del principio de igualdad durante la ejecución del contrato administrativo se la ha denominado "ultraactividad" (Cfr. COMADIRA, Curso..., p. 825, cita n° 69.) de la igualdad en virtud de la cual la Administración no podrá durante el desenvolvimiento y desarrollo de la relación contractual, modificar indebidamente las bases licitatorias ni para favorecer ni para perjudicar a su contraparte.

Una de las situaciones irregulares que se presenta en el marco de la ejecución del contrato administrativo de cara al principio de igualdad tiene que ver con la incorporación expresa al contrato de contenidos de la oferta apartados del pliego (Cfr. COMADIRA, La licitación..., p. 84.).

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Es importante destacar que, la igualdad en la ejecución del contrato también se extiende respecto de aquellos que hallándose en condiciones de participar del procedimiento de selección se hubieran abstenido de presentar ofertas a la luz de los recaudos previstos en la convocatoria (Cfr. DIEZ, op. cit, p. 62.).

Conclusiones.

La licitación pública está integrada por una trama de antecedentes y consecuentes que se enlazan armoniosamente dando origen al procedimiento que se habrá de sustentar, principalmente, en los pliegos de bases y condiciones y que culminará, una vez cumplidas las diversas etapas que lo conforman, en la celebración del contrato administrativo que constituirá el punto de partida de la relación convencional anudada entre la Administración y quien haya resultado seleccionado (Cfr. COMADIRA, Curso..., p. 799.). Como se señaló a lo largo de este trabajo la licitación pública reviste la naturaleza jurídica de procedimiento administrativo, resultándole aplicables los principios propios de aquel como así también sus principios específicos entre los cuales se presentaba el de igualdad. Este último, como se indicó, traía consigo ciertas implicancias a lo largo del procedimiento las que, entre otras, incidían en el poder de la Administración de modificar los pliegos de bases y condiciones y en la ejecución del contrato. Como se indicó, el poder de la Administración en lo que hace a la modificación de los pliegos varía en relación a la etapa del procedimiento licitatorio en la que se pretenda llevar adelante aquella, como así también en relación a las cláusulas del pliego, esto es si se trata de las cláusulas contractuales o reglamentarias. Al margen de ello, y como conclusión genérica lo trascendente en el análisis relativo al poder de la Administración para modificar los pliegos tiene que ver con que ella no podría proceder con las modificaciones pretendidas si afectan la igualdad que rige el procedimiento. Y en rigor, hay afectación del principio de igualdad y por tanto es improcedente la modificación del pliego de que se trate, si con la modificación pretendida hubiera participado el potencial oferente que se autoexcluyó como consecuencia de las bases y condiciones publicadas, o si los oferentes que no resultaron adjudicatarios hubieren propuesto una mejor oferta y por ende haber competido en otros términos de haber conocido al tiempo del llamado esas modificaciones que ahora la Administración pretende introducir.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

(...) No debe dejar de recordarse que en lo que hace al límite de la potestad modificatoria de la Administración que pudiere desembocar en un beneficio para el adjudicatario, se debe estar a la noción de ventaja, en virtud de la cual a través del ejercicio de su potestad solo se persiga otorga una ventaja al contratista sin que el interés público se encuentre presente en ese accionar.

Por Agustina Ezeberry (para ampliar ver "UTSUPRA.COM -doctrina).

Jurisprudencia

ROBLES S.A. Vicente c. Estado Nacional- Servicio Nacional de Parques Nacionales- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN- 30/03/1993 (LL 1993-E-402 o FALLOS 316:382)

Que, en primer lugar, es menester recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímelmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (confr. Fallos 311:971 y sus citas).

Que dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. (Fallos: 308:618 --La Ley, 1986-D, 397--).

...

Que esta Corte ha sostenido que la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad y que nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda fatal para el derecho del concesionario (Fallos; 308:618 --La Ley, 1986-D, 397--).

...
Que a ello no obsta que la actora haya sido la única interviniente en la licitación, pues de admitirse su postura, bastaría con que los pliegos contuvieran condiciones que determinaran la no participación de otras empresas por no resultar atractivo el negocio y después de conseguida la adjudicación por la oferente se cambiaran los términos de aquéllos para que ésta obtuviera un beneficio que no le había sido acordado, burlándose así el principio de igualdad de la licitación".

"AGUAS CORDOBESAS S.A. C/PROVINCIA DE CORDOBA- TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA PCIA DE CBA. SALA CONTENCIOSOADMINISTRATIVA - 14/10/2005. LLC 2006, 337

El principio de igualdad en la licitación pública no puede ser reducido exclusivamente a la etapa de selección del contratista particular, pues su vigencia se proyecta con la misma intensidad en la fase de ejecución del contrato administrativo.

Solamente es dable admitir modificaciones a las condiciones esenciales del contrato administrativo basadas en el razonable ejercicio de la "potestas variandi", cuando los restantes oferentes en la licitación pública no tengan motivo para considerar que de haber conocido esas alteraciones en las cláusulas contractuales, habrían adecuado mejor su oferta.

**"JOSE CARTELLONE C.C.S.A. C/DIRECCIÓN NACIONAL DE VIALIDAD"
-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - 12/08/2003.- Fallos
326: 2625.-**

Que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (art. 1198, Cód. Civil), principio que es aplicable en

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

el ámbito de los contratos administrativos (Fallos: 305-1011, consid. 9° y sus citas, entre otros).

"INSTITUTO DE VIVIENDA DEL EJERCITO C/ INDECO S.A. Y CRIVELLI S.R.L. Y OTRO" - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN- 31/03/2009 (Diario La Ley del 4 de mayo de 2009)

El principio según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión —art. 1198 del Cód. Civil—, es aplicable al ámbito de los contratos administrativos, razón por la cual es dable exigir a los contratantes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que —merced a sus actos anteriores— se ha suscitado en la otra parte.

"VALITUTTO, CARMELO C/ ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PÚBLICOS) S/ CONTRATO DE OBRA PÚBLICA". 3 de Agosto de 2010 - CAMARA NAC. APELAC. EN LO CONTENCIOSO

JURISPRUDENCIA DE PROVINCIA DE LA PAMPA:

OCHOA, SUSANA BEATRIZ C/MUNICIPALIDAD DE SANTA ROSA S/DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.- Nº 703/05 -

" Precisamente, son los pliegos de las licitaciones los que contienen el conjunto de prescripciones que configuran desde reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y criterios de selección, hasta cláusulas de naturaleza contractual que regirán una futura relación con quien resulte adjudicatario. Es por ello que a los mismos se les asigna el carácter de 'ley de la licitación' o 'ley del contrato', pues especifican tanto el objeto de la contratación como los derechos y obligaciones del licitante, los oferentes y el adjudicatario.-

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Por tal motivo se ha dicho que "...una vez que han cobrado publicidad -en el caso de la licitación pública a través de la publicación- los pliegos asumen una condición normativa o reglamentaria plena, hasta el momento de presentación de las ofertas... A partir de allí y hasta la adjudicación, los pliegos no pierden su carácter normativo o reglamentario aunque bajo un régimen peculiar que, en principio, excluye la posibilidad de modificar las reglas de juego sobre las cuales los oferentes formularon sus propuestas, salvo para permitir la subsanación de recaudos formales."(Cassagne, Juan Carlos, "El contrato administrativo", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 1999, p. 51).-

Asimismo, Roberto Dromi, en su obra "La licitación Pública", hace referencia a la innegable significación jurídica del Pliego de Condiciones en el procedimiento licitatorio, enumerando los derechos y deberes de las partes intervinientes que son consecuencia del mismo: a) obligatoriedad para el licitante de observar estrictamente las prescripciones del pliego, con la consecuente prohibición de modificarlo o alterarlo como principio general; b) rechazo de las ofertas "inadmisibles" cuando no se ajustan al pliego; c) cláusulas del pliego de carácter general, impersonal y de trato igualitario para los oferentes, con las únicas excepciones de preferencia autorizadas por norma legal expresa; d) regulación del procedimiento licitatorio y de la ejecución contractual, de modo primordial, por las cláusulas del pliego, es decir, obligación de los oferentes, del adjudicatario y del licitante, de ajustarse al pliego de condiciones como a la ley misma. (ob. cit., Ed. Astrea, Buenos Aires 1975, p. 205/206).-

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asignado carácter reglamentario a los pliegos de bases y condiciones de los procedimientos de licitación al señalar que: "El establecimiento en los procesos de selección, ya sean concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursantes, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la Administración, como el resguardo de los propios derechos de los participantes,

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata, en definitiva, de garantizar los principios de publicidad -conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración-, competencia-pujar conforme a los mismos criterios de selección- e igualdad -trato a todos los concursantes oferentes sin discriminación ni preferencias subjetivas-, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanado de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los artículos 18 y 16 de la Constitución Nacional.(C.S.J.N., 10/12/1992, "Martín, Estela Delia Correa de c/Universidad Nacional de San Juan", Fallos: 315:2899/2905, lo destacado en negritas nos pertenece).-

213/96: TECNO ACCION SOCIEDAD ANONIMA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA PROVINCIA DE LA PAMPA S/DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

"...Por la trascendencia jurídica que tiene el Pliego de Condiciones, como elemento o fase imprescindible en los regímenes licitatorios, la doctrina lo ha denominado "la ley del contrato", por cuanto establece cláusulas que son fuente principal de derecho y obligaciones para los que intervienen en la licitación y entre las partes en la contratación.-

Roberto Dromi, en su obra "La Licitación Pública", nos dice: "La innegable significación jurídica del Pliego de Condiciones en el procedimiento licitatorio, implica una serie de consecuencias también jurídicas, traducidas en derechos y deberes de las partes intervinientes: a) Obligatoriedad para el licitante de observar estrictamente las prescripciones del pliego, con la consecuente prohibición de modificarlo o alterarlo como principio general.- b) Rechazo de ofertas por 'inadmisibles' cuando no se ajustan al pliego.- c)Cláusulas del pliego de carácter general, impersonal y de trato igualitario para los oferentes, con las únicas excepciones de preferencia autorizadas por norma legal expresa.- d) Regulación del procedimiento licitatorio y de la ejecución contractual, de modo primordial, por las cláusulas del pliego, es decir, obligación de los oferentes, del adjudicatario y del licitante, de ajustarse al pliego de condiciones como a la ley misma" (págs.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

205/206).-

Las cláusulas del Pliego de Condiciones constituyen normas de interés general y, por lo tanto, obligatorias para todos, incluso para la misma Administración, las propuestas deben coincidir con el Pliego, por ser éste la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes, al que deben acudir para resolver los problemas que se planteen (Conf. Dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación N° 87:180; 96:180; 177:78).-

La Administración está imposibilitada de alterar las bases generales del pliego, pues de otro modo resultaría ilusoria la garantía de la licitación, requerida por la Constitución y las leyes, y se estaría violando el principio de igualdad (Conf. Dictamen Procuración del Tesoro de la Nación n° 177:78).-

En este sentido, Marienhoff, partiendo de la base de "... que todos los licitadores son moralmente idóneos y, además, poseedores de la adecuada solvencia técnica y financiera, pues de lo contrario no habrían sido inscriptos en el respectivo registro, y menos aún con relación al tipo particular de contratación a realizar, el criterio que debe guiar a la autoridad pública para efectuar la adjudicación es el de considerar como la mejor oferta. como la más ventajosa. aquella que respetando escrupulosamente los requisitos, exigencias o especificaciones del pliego de condiciones. contenga el precio más conveniente" (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Ap. 248) (el subrayado nos pertenece).-

Conforme lo expresado precedentemente la preadjudicación debía recaer en aquella empresa que cumpliendo escrupulosamente con todas las exigencias y especificaciones del pliego, ofreciera además el precio más conveniente.-

La Administración debe actuar legal, franca, pública y justamente, pues lo contrario acarrea una conducta arbitraria por parte del órgano licitador.-

Uno de los presupuestos fundamentales del procedimiento de contratación, que hace a la ratio iuris de la licitación y de los demás procedimientos de selección, es que los sujetos concurrentes tengan igualdad de posibilidades en la adjudicación.-

La igualdad entre los oferentes comprende dos aspectos: 1) Las condiciones deben ser las mismas para todos, 2) debe darse preferencia a quien hace la oferta más

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

ventajosa.-

Pero como sostiene Dromi, el trato igualitario se traduce en una serie de derechos en favor de los oferentes: 1) Consideración de su oferta en competencia con la de demás concurrentes; 2) respeto de los plazos establecidos para el desarrollo del procedimiento; 3) cumplimiento por parte del Estado de las normas positivas que rigen el procedimiento de elección del co-contratante; 4) inalterabilidad de los pliegos de condiciones; 5) Respeto del secreto de su oferta hasta el acto de apertura de los sobres; 6) acceso a las actuaciones administrativas en las que se tramita la licitación; 7) tomar conocimiento de las demás ofertas luego del acto de apertura; 8) que se le indiquen las deficiencias formales subsanables que pueda contener su oferta; 9) que se -lo invite a participar en la licitación que se promueve ante el fracaso de otra anterior. (obra citada, pág. 137) (el subrayado nos pertenece).-"

PRESUNTOS RESPONSABLES:

Como sostiene el Asesor Letrado de Gobierno en su Dictamen N° 18/16 (concordante con lo apreciado por el Tribunal de Cuentas a fs. 20.074/20.076), los actos preparatorios del llamado a licitación **son regulares.**

Es a partir del propio acto de Adjudicación que se comienza a advertir un accionar irregular de la administración. Como sostiene el Dr. Alejandro Fabián GIGENA en su **Dictamen N° 18/16**: "... a partir del acto mismo de adjudicación se advierte una absoluta, sistemática y encadenada violación de los antecedentes de hecho y de derecho que debían justificar el actuar administrativo."

Por lo tanto, de lo que surge del **Dictamen N° 18/16** de la **Asesoría Letrada de Gobierno**, y del **Acta N° 6863** del **Tribunal de Cuentas**, los presuntos responsables de las irregularidades señaladas -sin

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

perjuicio de los que en definitiva identifique el Sr. Agente Fiscal- serían, en tanto que como firmantes o refrendantes del Decreto N° 34/13, no pudieron ignorar que el texto que suscribían no se correspondía con el "conformado" por el Tribunal de Cuentas, y que se apartaba de las claras prescripciones del Pliego de la Licitación:

- 1) El Ex Gobernador de la Provincia, Contador Oscar Mario JORGE (suscribió el Decreto N° 34/13).
- 2) El Ex Ministro del Obras y Servicios Públicos, Ing. Jorge Víctor VARELA (refrendó el Decreto N° 34/13).
- 3) El Ex Ministro de Hacienda y Finanzas C.P.N. Sergio VILOLO (refrendó el Decreto N° 34/13).

Las irregularidades descritas en los considerandos precedentes, el dictamen del Asesor Letrado de Gobierno y del Tribunal de Cuentas de fecha 23 de febrero de 2016 y que surgen del expediente N° 14.970/08, evidencian -prima facie- que se habrían cometido delitos de acción pública.

El Art. N° 16 de la Ley N° 1830, en la parte pertinente dice *"Cuando del curso de una investigación, surgiera prima facie la comisión de un delito, el Fiscal General deberá radicar la denuncia ante el Juez o Fiscal competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de llegado el hecho a su conocimiento.- En este caso, las actuaciones de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas tendrán los efectos de una prevención sumaria.-"*

Por lo tanto, es deber del Organismo a mi cargo radicar ante el Ministerio Público Fiscal la denuncia correspondiente.

Los funcionarios citados habrían incurrido -con su accionar- en los siguientes delitos:

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

- 1.- Abuso de autoridad.
- 2.- Incumplimiento de los deberes de funcionario público.
- 3.- Administración Infiel.
- 4.- Falsedad Ideológica.

A continuación se describe someramente las características de los delitos referidos:

1.- Abuso de Autoridad e Incumplimiento de los Deberes de Funcionario Público:

El Código Penal en el Capítulo IV regula y tipifica el delito de abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos en su Art. Nº 248 y Art. Nº 249 :

ARTICULO 248.- Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial por doble tiempo, el funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales o ejecutare las órdenes o resoluciones de esta clase existentes o no ejecutare las leyes cuyo cumplimiento le incumbiere.

ARTICULO 249.- Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio."

1.a.- Abuso de autoridad (Art. 248 C.P.):

Sujeto Activo: *Funcionario público que actuá en el ejercicio de su cargo y dentro de la esfera de su competencia funcional. No todo funcionario puede incurrir en el delito de abuso de autoridad, sino solo aquellos con competencia para realizar las acciones típicas.-*

Sujeto Pasivo: *Administración Pública, como titular del bien jurídico violado. O, particular persona (física o jurídica), que puede asumir el rol de damnificado cuando*

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

el interés jurídico afectado le es propio.-

Acción Típica: *Las figuras de abuso de autoridad previstas en el artículo 248 son subsidiarias respecto a otros tipos penales que se estructuran sobre la base de un acto abusivo.*

Existen tres modalidades de abuso de autoridad, dos de carácter comisivo y una de carácter omisivo. A saber:

- Dictar Resoluciones u ordenes contrarias a la Constitución o las leyes nacionales o provinciales.

- Ejecutar ordenes contrarias a dichas disposiciones

- Omitir la ejecución de leyes cuyo cumplimiento le incumba.

- El elemento central en las tres figuras típicas es el "abuso funcional", esto es la autorización de la autoridad que se posee para violar la Constitución o las leyes. El funcionario realiza un mal empleo de la autoridad pública que legalmente posee.

- El termino leyes debe entenderse en sentido amplio, abarcando la Constitución Nacional y las Constituciones provinciales, las leyes nacionales o provinciales, sus reglamentos y las ordenanzas municipales.

La figura de abuso de autoridad contenida en el art. 248 del Código Penal se consuma con la resolución o la orden, cualquiera sea la finalidad del autor. (DONNA, Edgardo Alberto, "El Código Penal y su interpretación en la jurisprudencia", Tº IV, pag. 352. Ed. 2004.-)

Tratándose de un delito de comisión, de pura actividad, se consuma cuando se dicta la resolución de acuerdo a las formalidades del acto administrativo o cuando se imparte la orden, independientemente de su acatamiento por su destinatario. La consumación típica no requiere daño alguno a la administración pública.-

(BOUMPADRE, Jorge E. "Delitos contra la Administración Pública, Doctrina y Jurisprudencia", pag. 139. Ed. 2001.-).

PROVINCIA DE LA PAMPÁ
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

1.b.- Incumplimiento de los deberes de funcionario público (Art. 249 C.P.)

Sujeto Activo: *Funcionario público en el ejercicio de su propia función.*

Sujeto Pasivo: *El destinatario del acto puede ser la Administración pública o un particular.*

Acción típica: *El delito se configura mediante tres tipos de conductas omisivas: a) Omitir: el funcionario no lleva a cabo un acto que debe realizar de oficio. También puede considerarse omisión el supuesto en que el acto es llevado a cabo dolosamente de manera irregular. b) Rehusar hacer: el funcionario no quiere llevar a cabo el acto en la oportunidad que corresponde, luego de haber sido requerido o interpelado por la parte interesada o por orden de la autoridad. c) Retardar: El funcionario no realiza el acto en el tiempo legalmente estipulado.*

Lo que el funcionario omite es un "acto de su oficio", esto abarca los deberes o tareas administrativas propias del cargo o función que tienen carácter obligatorio.

Este delito no exige un daño o lesión particular como consecuencia de la omisión del acto en cuestión .

Se consuma cuando el acto no es realizado en el momento debido. (...)

(Perspectiva del derecho penal sobre los actos de corrupción : el rol de la Oficina Anticorrupción, por Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Oficina Anticorrupción; Sosa, Omar Julián . Ed. 2012, Pág. 144.-)-.

2.- ADMINISTRACION INFIEL (Art. Nº 173 C.P.)

La figura de la Administración Fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública tiene por objeto tutelar el patrimonio de una

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Administración Pública.

Este tipo de delito se configura concordando las disposiciones del Art. Nº 174 inc) 5 del C.P. y Art. Nº 173 inc. 7) del C.P.:

ARTICULO 173: *“Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente, se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece: (...) 7. El que, por disposición de la ley, de la autoridad o por un acto jurídico, tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para sí o para un tercero un lucro indebido o para causar daño, violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos;*

ARTICULO 174: *Sufrirá prisión de dos a seis años: (...) 5º. El que cometiere fraude en perjuicio de alguna administración pública.-*

Sostiene Adrián Rivera Solari en su ensayo “Administración Fraudulenta en perjuicio de la Administración Pública” (ver texto completo en http://www.catedrahendler.org/doctrina_in.php?id=174)

(...)

Tipo penal

La ubicación sistemática de los tipos penales bajo estudio esta incluida en el Título VI “Delitos contra la propiedad” del Código Penal.

El tipo penal establecido en el art. 173 del Código Penal establece los casos especiales de defraudación y el inc. 7 instituye que: “El que por disposición de la ley, autoridad o por un acto jurídico tuviera a su cargo el manejo, la administración o el cuidado de bienes o intereses pecuniarios ajenos, y con el fin de procurar para si o para un tercero un lucro indebido o para causar daño violando sus deberes perjudicare los intereses confiados u obligare abusivamente al titular de éstos”.

Por su parte el art. 174 inc. 5 del Código Penal establece: “Sufrirá prisión de dos a seis años el que cometiera fraude en perjuicio de alguna administración pública”.

Este artículo no contiene una figura penal autónoma sino que se trata de una **defraudación agravada** en razón de la titularidad del bien que es objeto de delito.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Bien Jurídico protegido

(...)

En este caso el bien jurídico protegido es el patrimonio de la Administración Pública.

(...)

Los autores citados continúan explicando que la ofensa se concreta cuando la disminución alcanza a cualquiera de los bienes, entre ellos derechos, abarcados por el deber de cuidado. Tanto pueden ser bienes del Estado como de particulares, así concluyen que nuestro sistema penal no hace distinción, tal cual se infiere de la inclusión del fraude contra la administración pública (art. 174 inc. 5 del Código Penal) en el título de los delitos contra la propiedad.

(...)

De esta forma la ofensa se concreta cuando la disminución alcanza a cualquiera de los bienes, incluidos derechos, abarcados por el deber de cuidado.

Lo bienes deben pertenecer al estado. (...).

Sujeto Activo

(...)

Al respecto Carrera sostiene que nos enfrentamos frente a la figura de un delito especial, puesto que supone que el refieren a esta figura como un delito especial, puesto que sólo puede llevar a cabo el injusto aquel que tenga un deber de cuidado del patrimonio ajeno, derivado de alguna relaciones comprendidas por ella.

A ello agrega que la autoría se subordina al presupuesto que ha de contarse con la posibilidad de actuar legítimamente sobre intereses patrimoniales de otros.

(...).

El sujeto activo, funcionario público, tiene a su cargo el manejo, la administración y el cuidado un patrimonio ajeno.

Esto significa que el sujeto activo ha de tener a u cargo, esto es, debe habersele encomendado o confiado pertenencias del otro, en este caso del Estado.

(...)

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

A diferencia de la apropiación indebida, en la administración, cuidado o manejo no se trata de un objeto determinado, sino de una relación global.

Sujeto pasivo

Únicamente puede ser sujeto pasivo del delito de administración fraudulenta el titular del patrimonio confiado, según alguna de las relaciones jurídicas previstas por el tipo penal.

*En el caso en cuestión, en el cual el art. 173 inc. 7 del Código Penal se encuentra agravado por el art. 174 inc. 5 del C.P. el sujeto pasivo será **la administración pública**, ya sea central, entes descentralizados o autárquicos.*

Objeto material

El tipo penal bajo análisis establece que el manejo, la administración y cuidado se ejercerá sobre bienes o intereses pecuniarios.

Bienes: estos concurren a la formación del objeto material de la figura o sea que comprende tanto los objetos materiales (cosas) como los inmateriales (derechos) que son propiedad de una persona.

Intereses pecuniarios: toda forma de provecho traducible en dinero a la cual el titular tiene derecho, siempre de conformidad con el deber de cuidado establecido.

(...)

Violación del deber: *el tipo penal requiere que el sujeto activo realice la conducta violando sus deberes. (...)*

Sobre esta cuestión Caamaño Iglesias Paiz sostiene que los deberes que violan los administradores son los establecidos para el y, la autoridad o el acto jurídico, al excederse en las atribuciones conferidas sobre los intereses que ocasionan un perjuicio. Para ello los deberes deben versar sobre actividades que otorgan el sujeto activo cierta independencia y responsabilidad. Estas actividades se deben extender en el tiempo y deben superar ciertos casos particulares, lo cual implica que generalmente no se consideran los encargos o servicios de poca importancia.

Por otra parte el tipo penal reclama que los bienes o intereses pecuniarios sean ajenos, es decir que no pertenezcan al administrador.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Es decir, el sujeto pasivo entrega al sujeto activo bienes o intereses pecuniarios sobre la base de una relación que surge de la ley la autoridad o acto jurídico, para que lo cuide, lo administre no otorgando la propiedad.

Acciones configurativas del delito

La norma por su estructura hace necesario distinguir dos supuestos delictivos.

Abuso defraudatorio: requiere que el sujeto activo realice la acción reprimida en virtud de una facultad que lo legitima exteriormente.

Infidelidad defraudatoria: se satisface con que el agente contraviniendo deberes de fidelidad (relación interna) perjudique los intereses patrimoniales que le han sido confiados.

El tipo del abuso no es otra cosa que una variedad circunscripta más netamente desde el punto de vista jurídico-formal del tipo del quebrantamiento de la fidelidad.

La infidelidad constituye la categoría genérica pues se asienta en la relación interna, imprescindible para violarla relación externa (abuso).

La infidelidad constituye la categoría genérica, pues se asienta en la relación interna, imprescindible también para violar la relación externa (abuso).

(...)

Estas dos acciones tienen en común el perjuicio del patrimonio que debe salvaguardar.

a. Abuso Defraudatorio.

Carrera explica que el abuso defraudatorio esta contenido en el tipo del quebrantamiento de la fidelidad. Ambos son alternativas en su manifestación externa, en cuanto a si el primero retrocede en su aplicación, cabe examinar el segundo.

El tipo de abuso repara en que el autor se exceda en el ejercicio del encargo que por ley, mandato de al autoridad o acto jurídico le ha sido conferido.

La acción del abuso consiste en que el autor violando sus deberes disponga patrimonialmente u obligue con exceso al titular de los intereses confiados (Estado).

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

La figura de defraudación por administración fraudulenta resguarda básicamente la confianza otorgada al administrador de intereses pecuniarios, no exigiendo para su concreción la utilización de ningún tipo de ardid.

Las modalidades de abuso, pueden ser por actos de disposición o por generar obligaciones abusivas.

Los actos de disposiciones implican, de por sí, una mengua en el patrimonio que se debe custodiar

En cambio obligar abusivamente refleja dos connotaciones: la existencia de un acto jurídico, por un lado, y, por el otro la proyección de la relación externa. Se hayan comprendido por consiguiente, todas las conductas que generan en la sociedad un vínculo jurídico hacia fuera, siempre que, naturalmente, el administrador las promueva dolosamente.

Infidelidad defraudatoria.

La acción de quebrantamiento de la fidelidad se define por el verbo perjudicar —causar un daño a los intereses confiados—, y significa provocar un deterioro patrimonial, potencial o efectivo, en los bienes o intereses pecuniarios manejados, administrados o cuidados por el sujeto activo.

(...)

El quebrantamiento de la fidelidad supone el deber de cuidar intereses patrimoniales ajenos.

(...)

Para generar deber de fidelidad, la relación tiene que versar sobre actividades que den al autor cierto grado de independencia y responsabilidad, para cumplir con sus obligaciones.

(...)

Perjuicio.

La figura requiere que la acción de perjudique los intereses patrimoniales a su cargo y el perjuicio debe ser considerado como elemento del tipo penal.

PROVINCIA DE LA PAMPA

Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Navarro sostiene que los actos del autor constitutivos de exceso de sus facultades o quebrantamiento de sus deberes, deben traducirse en un resultado pecuniariamente apreciable que es negativo para el titular del patrimonio, sin que esta mengua implique necesariamente el beneficio económico del agente o el tercero. Basta producir un perjuicio insignificante pues la protección tiene por destino garantizar la intangibilidad del patrimonio.

El perjuicio exigido debe consistir en un detrimento o daño patrimonial, no un menoscabo de otro tipo.

El perjuicio debe provenir de la acción abusiva o infiel del autor, sin injerencia de otra fuente productora. En tal caso, no mediara nexo directo entre el acto de abuso o quebrantador de la fidelidad y el daño patrimonial.

Debe mediar un nexo directo entre el acto de abuso o quebrantador de la fidelidad y el daño patrimonial.

(...)

En conclusión, sobre este punto, se puede afirmar que la figura es comprensiva de todo negocio jurídico que importe directa o indirectamente la obligación de salvaguardar intereses patrimoniales ajenos.

(...)

Autoría y participación. *La administración fraudulenta constituye un delito especial y solamente puede ser autor del mismo el funcionario público que se encuentra vinculado al patrimonio estatal de alguna de las formas previstas por la norma.*

Es decir el autor del delito será únicamente el funcionario público, que se encuentre con la obligación de salvaguardar intereses patrimoniales del Estado.

Los coautores, que también deben ser funcionarios públicos, participan de la decisión común al hecho y la ejecución común del hecho. Es decir, realizan el acuerdo, expreso o tácito, sobre la perpetración común del ilícito y lo llevan a cabo completando con su aporte.

Debe contemplarse el supuesto de la delegación de funciones; pues es frecuente que el administrador delegue total o parcialmente a un tercero las funciones que le

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

fueron encomendadas. Naturalmente que para obligar al estado (abuso defraudatorio) o para desconocer los deberes en su manejo interno (infidelidad defraudatoria), el delegado debe hallarse autorizado debidamente conforme a la regulación específica que rige el supuesto. Si el delegado actúa quebrando el deber de fidelidad o abusa defraudatoriamente, reviste la calidad de autor, puesto que en virtud de la facultad otorgada (en el sentido de la atribución de funciones) la relación interna se extiende hasta su persona.

3.- FALSEDAD IDEOLÓGICA (Art. Nº 293 C.P.):

El delito de falsedad ideológica está previsto en el **artículo 293** del Código Penal Argentino que dice: *“Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años, el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas, concernientes a un hecho que el documento deba probar, de modo que pueda resultar perjuicio. Si se tratase de los documentos o certificados mencionados en el último párrafo del artículo anterior, la pena será de 3 a 8 años.”*

Acción típica: insertar en un documento declaraciones falsas, o sea, que incluye en él declaraciones que no son verdaderas. O hace insertar declaraciones falsas en un documento publico.-

Consumación: Cuando el instrumento publico queda perfeccionado como tal, con todos los signos de autenticidad que las leyes y reglamentos requieren. Desde este momento, nace la posibilidad del perjuicio.

Culpabilidad: E dolo estriba en el conocimiento del carácter de documento del objeto y de lo falso que en se introduce, extendiéndose también al de la posibilidad de perjuicio.

RECOMENDACION

Resulta pertinente hacer una recomendación acerca de la importancia de los Dictámenes Previos de las Asesorías Letradas Delegadas.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Artículo N° 84° de la Constitución Provincial:

"Los ministros refrendarán con su firma los actos del Poder Ejecutivo, sin cuyo requisito carecerán de validez, excepto cuando se trate de la propia remoción. Serán responsables de los actos que refrenden y solidariamente de los que acuerden con sus colegas..."

QUIROGA LAVIE, sostiene; "...los Ministros también comparten con el presidente la posibilidad política al refrendar y legalizar sus actos, por lo cual pueden ser llevados, separada o conjuntamente, a juicio político o ante los tribunales ordinarios para responder criminal o civilmente. Esta responsabilidad ministerial no exime al presidente de satisfacer la suya.

Y agrega, "Refrendar implica la autorización de los actos del presidente por medio de la firma del Ministro. Es una condición formal de validez del acto constitucional y no de su eficacia (...) . El refrendo hace complejo el acto constitucional del Poder Ejecutivo, pero solo desde el punto de vista formal, y no limita la decisión del presidente, pues este firma en ultimo termino los decretos, de modo tal que si no lo hace no nace dicho acto con fuerza normativa. La falta de refrendo determina la nulidad del acto presidencial" . (Derecho Constitucional Argentino T.I pag 1223)

Como señala Ezequiel CASSAGNE:

"La finalidad de una función consultiva jurídica previa a la emisión de los actos administrativos no es otra que el apego a la legalidad por parte de la actuación administrativa, más allá de la eventual responsabilidad que pudiera evitarse si la fuerza técnica del dictamen disuadiera el dictado de un acto ilegítimo."

Para ampliar remítase a;

http://www.cassagne.com.ar/publicaciones/El_dictamen_de_los_servicios_juridicos_de_la_Administracion_.pdf

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de La Ciudad de Buenos Aires, ha dicho;

*“El dictamen jurídico previo constituye un requisito de naturaleza instrumental íntimamente ligado a la garantía al debido proceso del particular y su obligatoriedad logra que la Administración Pública, a través de sus organismos especializados, analice la controversia planteada a la luz de los principios jurídicos y disposiciones normativas aplicables, y de esta manera **garantice prima facie** que todo acto administrativo que pudiera afectar derechos subjetivos o intereses legítimos de los particulares respete **el ordenamiento jurídico vigente**. (Voto de la Sra. Jueza Ana María Conde, al que adhiere el Sr. Juez Carlos F. Balbín).”*

<http://www.saij.gob.ar/administracion-publica-dictamen-juridico-previo-debido-proceso-suc1003036/123456789-0abc-defg6303-001csoiramus>

Teniendo en cuenta esto, podemos afirmar que, como bien sostiene el Asesor Letrado de Gobierno en los dictámenes ya citados, y el propio Tribunal de Cuentas en el Acta N° 6863 se advierte, una general desprolijidad en el trámite administrativo con posterioridad al acto de preadjudicación.

La propia nulidad decretada por el actual Gobernador de La Provincia, es una evidencia de la desprolijidad señalada (sin perjuicio, de que sea la justicia penal la que determine si constituye además delito).

Destacan con firmeza los órganos citados, (actitud que comparto) que se ha despreciado en forma evidente la legalidad. Simplemente, se procedió arbitrariamente obviando los controles previos exigidos por las leyes.

Es llamativo que ni los Ministros refrendantes, ni el propio ex Gobernador hayan refrendado y/o firmado, sin contar con un Dictamen Jurídico previo **respecto a las modificaciones** que se efectuaron al Decreto de Adjudicación y al Modelo de Contrato anexo, que habían sido

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

oportunamente conformado por el Tribunal de Cuentas y la Asesoría Letrada Delegada.

No caben dudas, que si los Ministros refrendantes hubiesen tomado la precaución de remitir las actuaciones a sus respectivas asesorías letradas delegadas, éstas les hubiesen advertido, que el Proyecto de Decreto que iban a refrendar era ilegítimo (en especial, por apartarse del Pliego de Bases y Condiciones de la licitación y no estar conformado por el Tribunal de Cuentas.).

Lo mismo hubiese pasado si el ex Gobernador, aun con los refrendos de los Ministros hubiese solicitado la intervención de la Asesoría Letrada de Gobierno (Notesé que la Ley Nº 507 en el artículo 6 dice; *"Además de las funciones y facultades que por esta ley le corresponden al Asesor Letrado de Gobierno, también será de su competencia: a) Actuar como **consultor** y **consejero** jurídico del Poder Ejecutivo;..."*).

Tanto los Asesores Letrados Delegados (ante los Ministerios de OySP y HyF) les hubiesen advertido sin ninguna dificultad que el Proyecto de Decreto que pretendían refrendar y/o firmar tenía vicios manifiestos, y que no era el Proyecto que habían *"conformado"* el Tribunal de Cuentas previamente, y que se apartaba de las prescripciones del P.B.C.

Asimismo, en el anteúltimo Considerando del Decreto Nº 34/13, se asevera que intervino la Delegación de la Asesoría Letrada de Gobierno en el Ministerio de OySP *"...sin formular observación al presente acto."* Sobre el particular, no puedo dejar de reiterar la falsedad con que se actúo, ya que no hay ninguna duda que la no observación que la Asesoría Letrada Delegada en el Ministerio de OySP, se refería al Proyecto de Decreto y Contrato que luego *"conformo"* el Tribunal de Cuentas, y no a lo que en definitiva firmó el ex Gobernador.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

Por lo anterior, entiendo necesario recomendar al Poder Ejecutivo y a las Sras. y Sres. Ministros que en situaciones donde existía un interés público preponderante o cuando la magnitud de los fondos públicos comprometidos así lo ameriten soliciten la intervención de la Asesoría Letrada Delegada en los Ministerios previo al refrendo que hace referencia el Art. 84 de la Constitución Provincial.

SINTESIS:

Del análisis de las actuaciones, se desprende que los funcionarios responsables de su tramitación han actuado con desprecio de las normas legales vigentes en materia de Obras Públicas.

Asimismo, de las propias constancias del expediente y como bien lo analiza la Asesoría Letrada de Gobierno en los dictámenes transcritos en los "*Hechos Relevantes*", se advierte una clara intencionalidad de burlar los controles tanto internos como externos a la Administración, al Suscribir el Decreto N° 34/13, afirmándose en el texto del mismo que el Tribunal de Cuentas lo había "conformado" (mediante el "control previo), lo que podría considerarse un ardid para generar confianza tanto en el resto de los oferentes, los órganos de control interno, y los propios funcionarios del Poder Ejecutivo que en definitiva ejecutaron el acto.

Los incumplimientos y violaciones normativas son de tal magnitud que no pueden considerarse (al menos en esta etapa) como meros errores procesales.

La finalidad del contrato (proveer de agua potable a buena parte de la población del noreste provincial) y los fondos comprometidos en la obra (más de \$ 1.000.000.000 -mil millones de pesos-) exigían a los funcionarios una especial diligencia y transparencia en su accionar.

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

La ciudadanía, hace ocho años puso en sus manos las herramientas y recursos para mitigar esta problemática.

La necesidad del actual Gobernador de la Provincia de declarar la nulidad de lo actuado, prueba que los funcionarios responsables, no estuvieron a la altura que exigían las circunstancias.

Lo anterior me lleva a la convicción de que -en virtud del Art. N° 16 de la Ley N° 1830- deba radicar en forma inmediata una denuncia penal, a los efectos de que se lleve adelante una investigación exhaustiva de las conductas de los funcionarios ya referidos.

Asimismo, se debe dar intervención al Tribunal de Cuentas a fin de que -si considera reunidos los requisitos necesarios- inicie los pertinentes "Juicios de Responsabilidad" previsto en la Ley Orgánica del mencionado órgano de control.

Debe también remitirse copia de la presente a la Dirección de Sumarios a fin de que, previa verificación de la situación de revista de los presuntos responsables, inicie actuaciones.

Por último, se libre oficio al Ministerio de Obras y Servicios Públicos a fin de que remita informe urgente atinente a la existencia de reclamos y/o pretensiones económicas de la Empresa adjudicataria.

Que se resuelve en ejercicio de la competencia otorgada por el Artículo 107° de la Constitución Provincial y conferida por el art. 11° de la Ley 1830.-

POR ELLO:

EL FISCAL GENERAL
DE LA FISCALÍA DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS

PROVINCIA DE LA PAMPA
Fiscalía de Investigaciones Administrativas

RESUELVE:

Artículo 1º.- Dar por concluida la presente Información Sumaria.

Artículo 2º.- Radicar denuncia penal, en los términos del Artículo N° 16 de la Ley N° 1830, dentro de las 48hs.

Artículo 3º.- Remitir copia de la presente a la Dirección de Sumarios, a fin de recomendar, si fuera necesario, la promoción de sumarios administrativos, si los presuntos responsables fueran agentes o funcionarios actuales de la Administración Pública.

Artículo 4º.- Remitir copia de la presente al Tribunal de Cuentas, a los efectos que analice si debe iniciarse juicios de responsabilidad.

Artículo 5º.- A los efectos de establecer si existe un perjuicio fiscal, y sin desmedro de lo que en definitiva determine el Tribunal de Cuentas en ejercicio de sus funciones. Librese oficio al Ministerio de Obras y Servicios Públicos, a fin de que informe si el reclamo por Nota de Pedido N°1 y N° 2, fue resuelto, y en su caso, que remita copia certificada de la Resolución.

RESOLUCION N° **814** /16.-

JUAN CARLOS CAROLA
FISCAL GENERAL
Provincia de Investigaciones Administrativas