

**Sr. PRESIDENTE DEL  
TRIBUNAL DE CUENTAS  
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT**

**S / D**

RAWSON, 04 de noviembre de 2019.-

**Ref.:** Expte. Nro. 39.277/19, s/ antecedentes

Compulsa Privada Precios nro. 01/19 APPM.-

Vuelven a consideración de la Asesoría Legal las actuaciones de referencia, habiendo la Administradora de Puerto de Puerto Madryn agregado antecedentes desde fs. 108 a fs.163, y dando explicaciones desde fs. 164 a fs. 170.-

**I. Preliminar.**

Cabe aclarar que la premura del requerimiento en la evacuación de estas actuaciones conspira contra la profundidad y precisión de su adecuado análisis, de donde podrían emerger mejores respuestas y soluciones a los interrogantes, faltantes y obstáculos legales, y pudiera revelar la integridad de la situación expuesta.-

Los valladares del dictamen. Corresponde recordar que la opinión legal está sujeta al contenido de las actuaciones que le preceden, no pudiendo presumir ni colegir sobre lo que no se agrega, so pesando la arbitrariedad en las conclusiones. El criterio de discrecionalidad en la determinación del contenido de la existencia de urgencias, no es incumbencia de un asesor legal, solo se puede brindar el marco en donde debe encuadrarse la misma, y lo mismo cabe sobre las consideraciones técnicas.-

**II. Materia de análisis.**

Lo primero que debe decirse es que con la nota de fs. 164/70 se innovan por completo las motivaciones de la tramitación en ciernes, en especial las expresamente consideradas en la Resolución nro. 044/19 de fs. 01/2, fundada ahora en razones de excepcional **urgencia**. En apoyo a la acreditación de la urgencia se agregan a fs. 109/113 y fs. 114/5, en copia simple, notas de diversa entidades vinculadas a la actividad portuaria, como lo es el Centro de Despachantes de Aduana; la Cámara Argentina Patagónica de Industrias Pesqueras; la Cámara de Industria Comercio, Producción y Turismo de Puerto Madryn; y Patagonia Estibajes S.A., y por último una nota del Director de Administración de la A.P.P.M., respecto a cuestiones financieras.-

**III. Procedimiento excepcional de contratación por urgencia.**

**a) Encuadre en estas actuaciones.**

Como primer elemento de análisis debo señalar que el apartamiento de la regla general, concurso público -equivalente, en la doctrina y legislación comparada, a la licitación pública-, importa la necesaria existencia de un acto administrativo expreso, y,

naturalmente, motivado, por el cual se disponga la elección de una excepción, ello por razones de protección de los intereses públicos comprometidos y de garantía a los derechos de los administrados, futuros oferentes.-

Esta circunstancia legal no se encuentra satisfecha, por el contrario se ha determinado la modalidad de contratación sin mención a urgencias. El encuadramiento realizado en la Resolución que da inicio a las actuaciones es llanamente equivocado, y sobre este aspecto ya me he manifestado en mi anterior dictamen, al que me remito por brevedad. El error formalmente frustraría de modo definitivo todo intento de continuidad legal del procedimiento, con el obstáculo que impone la coherencia de actos propios, en el que *"Nadie puede volverse contra sus propios actos y pretender desconocer su propio obrar. En este aspecto se fundamenta la doctrina de los actos propios. Venir contra los propios actos significa originariamente impugnar el acto que uno mismo ha realizado"*. Conforme la teoría de los actos propios nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta deliberada y jurídicamente eficaz (cfr. C.Apelaciones C. Rivadavia-Sala A, SD: 032/2001, sumario N° 12739).-

No obstante; *"Si el procedimiento de selección del contratista estatal, en especial la licitación pública, es la regla general que debe respetarse previa a toda contratación administrativa, so pena de invalidez del contrato, y si este requisito está concebido por el sistema jurídico, no solo en beneficio de la Administración sino también como garantía de los administrados, resulta obvio que la comprensión no puede estar limitada a una consideración meramente formal, sino que debe ser estudiada y valorada, fundamentalmente, desde la perspectiva de sus efectos sustanciales. Es decir, no basta afirmar que la validez del contrato depende del llamado a licitación y del posterior desarrollo regular (formal) del procedimiento, sin que se tenga trascendencia el acierto o error de la Administración licitante en cuanto a la elección del adjudicatario."* (cfr. Rodolfo Carlos BARRA, Contrato de obra pública, tomo 2, Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, p. 416/7).-

Razón por la cual debe seguirse el análisis, en vísperas de promediar la continuidad procedimental útil, saneando los equívocos y faltantes, en procura de los intereses reales y sustanciales del Estado.-

#### **b) Discrecionalidad Reglada.**

Sabido es que la urgencia en las contrataciones es, por antonomasia, excepción que justifica sacrificar los intereses públicos y principios generales contenidos en la regla, la licitación pública. De igual modo es sabido que la consideración sobre la existencia de la urgencia está sujeta a la discrecionalidad del funcionario que la invoca, sobre criterios de oportunidad, mérito y conveniencia, que no son materias en donde este Tribunal pueda inmiscuirse.-

Más allá de lo antedicho, sostiene este Plenario que no toda urgencia admite la excepción procedimental, debiendo ajustarse la misma a los recaudos fácticos-legales que determina la normativa jurídica, resultando de la misma que debe ser **concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, que la necesidad pública invocada debe ser presente, impostergable o improrrogable** (Dictamen nro. 021/2001 TCC), circunstancia que se refuerza, en la necesidad de control, dada la importancia del monto de contratación. Monto que se pondera y dimensiona en relación a la magnitud del organismo y a los montos que el mismo establece en su reglamentación. Esto es, que a juzgar por su propia reglamentación, la contratación *sub examine* es de una significación económica superlativa, que en el particular caso excedió, bastamente, las posibilidades financieras propias y prevista.-

Brinda un ejemplo de materialización normativa de los principios que reglan la discrecionalidad, lo contenido en el apartado 5), inciso c), del artículo 95 de la Ley de Contrataciones, que debo aclarar que no resulta aplicable al caso en concreto:

“Cuando probadas razones de urgencia o emergencia, que respondan a circunstancias objetivas, impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser autorizado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad.”

En tal sentido, quien autoriza dicha contratación por excepción es el *“responsable exclusivo de la existencia de la causal de excepción que se invoque (...), como asimismo de la conveniencia que la inversión representa”* (cfr. artículo 5° Decreto Provincial nro. 777/06).-

*“(...) para el Derecho la decisión discrecional es aquella que se toma entre dos o más soluciones, todas igualmente válidas e igualmente justas para el ordenamiento jurídico. De este modo la Administración Pública gozará de la llamada potestad discrecional (se dirá entonces que su actividad es discrecional) cuando la norma que habilita la actuación del órgano “remite a una estimación administrativa que implica otorgarle a la Administración la opción de escoger una solución entre varias soluciones igualmente justas”* (Cfr. BARRA, ob. cit. p.418).-

*“(...) si el Estado tiene la obligación de realizar el Bien Común, que es la causa principal de su existencia, y lo hace conforme al orden jurídico que predetermina los fines y los medios útiles para la realización perfecta de ese supremo bien temporal, no puede caber duda de que su actuación no es discrecional sino reglada, es decir, determinada de antemano por la norma jurídica.”* (Cfr. BARRA, ob. cit., p. 422/3).-

*“La circunstancias de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria, pues es precisamente la razonabilidad con que se ejercen tales facultades el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los*

*jueces ante planteos concretos de la parte interesada, verificar el cumplimiento de dicho presupuesto” (CSJN ED 106-727 Almiron, Gregoria c. Ministerio de Educación de la Nación).-*

De modo que la discrecionalidad no significa absoluta libertad de acción, sin otro límite que la manifiesta arbitrariedad.-

Entonces, debe este Tribunal analizar el ejercicio discrecional en la determinación de la urgencia sobre los parámetros ya cimentados, esto es que la misma debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, que la necesidad pública invocada debe ser presente, impostergable o improrrogable (Dictamen nro. 021/2001 TCC), y no perder de vista el primordial resguardo, por especial imperativo institucional emergente de la Constitución, que es la legitimidad en el gasto, que importa su acreditada razonabilidad.-

#### **c) Principios Administrativos. Principio de economía.**

Los principios administrativos que rigen toda contratación son: transparencia, publicidad y difusión, legalidad, libre competencia, mayor concurrencia/ convocatoria e igualdad entre oferentes, eficiencia y eficacia, economía, razonabilidad, los que no se han tenido presentes en la contratación de marras, fundamentalmente el de economía. Este principio administrativo general rige en todo el país, receptado por toda la doctrina, comprendido en todas las legislaciones, lo que por demás cae de Perogrullo del sentido común de un administrador prudente, más aun en el estado de situación financiero y económico crítico en que se encuentra el Estado. En la legislación provincial, Ley II nro. 76, es receptado en el artículo 3° *“Son objetivos de esta Ley, y por lo tanto deberán tenerse presentes, principalmente para su interpretación y reglamentación, los siguientes: a) Garantizar la aplicación de los principios de regularidad financiera, legalidad, **economicidad, eficiencia y eficacia en la obtención y aplicación de los recursos públicos.**”*; artículo 90°: *“(…) El Sistema de Contrataciones tiene por objeto que los bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al **menor costo posible**, como así también la venta de bienes **al mejor postor.**”*; artículo 113: *“Toda adjudicación recaerá sobre la **propuesta más ventajosa.**”* (lo remarcado en negrita me pertenece).-

Sobre este principio, siempre permanente y residual, debe tenerse especial consideración al examinar las presentes actuaciones.-

#### **d) Prueba y fundamento sobre la urgencia.**

Sin hesitación la invocación de una urgencia debe probarse de forma cabal y debe interpretarse de forma restrictiva.-

Al respecto la Procuración del Tesoro se ha expedido al decir: *“(…) El requisito de la urgencia (...) debe ir plenamente acreditado mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios que la califiquen como cierta ya que de modo alguno puede quedar*

*librado al criterio subjetivo de funcionarios cuya apreciación exclusivamente personal podría desvirtuar el sentido de la norma reglamentaria impuesta en defensa del interés del Estado; de otro modo podría darse por supuesta una situación de urgencia inexistente, generalizándose a su un régimen de excepción que debe, como tal, ser de interpretación y aplicación restrictiva (Dict. 89:106; 198:178; 211:155)".-*

Estos parámetros debieran estar contenidos en estas actuaciones.-

Por la homogeneidad en el objeto y fundamentos, agrupo las notas de fs. 109/13 en un mismo análisis.-

Básicamente sectores vinculados a la actividad portuaria, que manifiestan su interés y perjuicio, reclaman con apuro la culminación de las obras en razón: **1)** la mayor productividad y eficiencia que aportará la obra terminada, visto como una mejora, y en contra partida, su espera es comunicada como la pérdida de un costo de oportunidad devengada en el transcurso del tiempo; **2)** el perjuicio económico que se genera por los tiempos de permanencia en rada de buques full-containers a la espera de sitios de amarre: **a)** mayores costos de fletamento y **b)** la posibilidad de perder negocios de exportación por falta de cumplimiento de plazos comerciales de los exportadores. Estas dos circunstancias hacen que optar por otras terminales portuarias para la salida de sus productos de exportación.-

De modo preliminar considero que con notas de reclamo no bastan para tener por acreditadas las aseveraciones allí contenidas. Al menos debiera intentar sostenerse "*mediante estudios técnicos, objetivos, previos y serios*" que pongan de relieve que la urgencia es "*concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva*, que la necesidad pública invocada debe ser presente, impostergable o improrrogable".-

El *primer argumento* resulta aplicable a toda mejora que pudiera promover el Estado en beneficio de sus administrados, por lo que no puede considerarse como urgencia, aun dada su importancia y necesidad. La actividad del Estado, como actividad humana, siempre puede mejorar, y las necesidades a satisfacer resultan permanentemente inabarcables. Los requerimientos de necesidad de agentes económicos portuarios suponen un interés legítimo reclamado, una mejora para la productividad, a la cual la A.P.P.M. ha accedido y se encuentra en vías de satisfacción.-

El *segundo argumento* opera, en principio, desde el inicio de la obra de pilotes, la obra antecesora a la *sub examine*, como es manifestado por el Centro de Despachantes de Aduana (fs. 109 "*La experiencia del pasado año fue nefasta en este sentido ...*"), puesto que inevitablemente el sitio 2 M.A.S. no se encuentra disponible para el amarre desde el comienzo de la obra de pilotes, y lógicamente desde un inicio se podía proyectar que permanecería inoperativo hasta que lo obra se culmine en forma definitiva. Es razonable esperar que la elección comercial de este puerto puede aparejar en determinadas circunstancias esperas, y que ello impuse la decisión de optar transitoriamente por otro puerto de amarre. Estas razones son comunes a cualquier

ampliación de capacidad o ante su faltante, ante déficit entre oferta y demanda de infraestructura de servicios, y lo esperable también es que sea la misma transitoria, augurando ampliar la oferta para ampliar y satisfacer su demanda. Es decir que esta circunstancia, manifestada como acuciante, es verificada desde aquel inicio, y, sobre la base de las actuaciones, no ha variado la circunstancia fáctica desde aquel momento, más de un año. Apresurado e imprudente sería considerar acreditada la urgencia en las circunstancias y modos obrante en autos.-

Retomando la legitimidad del gasto, es difícil objetivamente justificar que la circunstancia que se trae a estas actuaciones, concebida con el inicio de la obra antecesora, sacrifique la mayor convocatoria de oferentes, mayor competencia económica, y en consecuencia, el bien perseguido, obtener la mejor propuesta económica resultante de la mayor competencia.-

Y respecto a la nota de fs. 114/5, emitida por el Director de Administración del APPM, el mismo comunica que el crédito se ha tomado en dólares y ya ha sido liquidado en pesos.

La efectivización del préstamo por depósito, y el consiguiente, y próximo, pago de la primer cuota, no enerva urgencia alguna, aun considerando la extrema volatilidad cambiaria; ello toda vez que dicho evento solo debió acontecer una vez concluido, de forma definitiva y exitosa, el procedimiento administrativo de contratación, esto es superada la vista previa ante este Tribunal y con la firma del contrato, más aun considerando que el préstamo es en moneda extranjera y su liquidación en pesos argentinos, y que es de público y notorio conocimiento, desde hace años, los riesgos del endeudamiento en una moneda extranjera.-

Vinculado a ello, el hecho que la Administración Nacional haya suspendido el financiamiento de la obra de superestructura del sitio 2 M.A.S., tampoco comprende una urgencia, implica sí una demora en la continuidad de la ejecución, y por lo tanto mayor diligencia, dado que requiere de la promoción y seguimiento de un procedimiento de contratación. No obstante, para efectuar un análisis adecuado, resulta necesario tener a la vista todas las actuaciones relativas a dicha obra, para deslindar responsabilidad y por consiguiente determinar la existencia o no de negligencias que a la postre pondrían a la realidad como urgente.-

#### **e) Tiempos de Concurso Público.**

Debo estimar que se procedió mediante compulsa de precios por el mismo tiempo que demandaría instar una licitación pública, procedimiento que con la prioridad y premura del caso, no debiera demandar más tiempos críticos que los de su publicación y presentación de ofertas, el resto de los tiempos depende de apuro del personal del organismo en dar al mismo por culminado. A juzgar por los tiempos críticos de un concurso público, establecidos en el artículo 7 de su Reglamento, la publicación, en un periódico de circulación regional y en el boletín oficial, por un plazo no inferior a 3 días,

y con una anticipación no menor a 7 días de la fecha de cierre de presentaciones de ofertas. Es decir, con el acto formal de resolución de llamado a concurso público, acto que depende enteramente del apuro del organismo que guarda equivalencia formal y administrativa a cualquier resolución de contratación, se publica y en un plazo de 10 días tendrían que tener las ofertas presentadas para ser analizadas con el apuro del organismo, y con la experiencia colectada en este procedimiento. Luego el procedimiento continua cualquiera fuera el supuesto de modalidad de contratación.-

Véase los tiempos críticos acontecidos en este caso en concreto. La resolución es de fecha 17/05/2019, y la fecha apertura es de un mes y diez días posteriores, el 26/06/2019, intervalo de tiempo de supera el estimado para un concurso público. Luego de un tiempo de análisis y pedido de documentación –tiempo que transcurre por igual para cualquier modalidad de contratación-, de un mes y un día, esto es el 27/07/2019. Un mes y tres días (el 06/09/2019) de tiempo demandó para que el Consejo de Administración se reúna para tratar, en lo sustancial, la financiación de la contratación y su aprobación. Y el 10/09/2019 se eleva a consideración de este Tribunal de Cuentas, de modo incompleto, razón por la cual se vuelve a remitir el 30/09/2019. En quince días este Tribunal se expide, esto es el 15/10/2019. Y el 23/10/2019 vuelve para su tiramiento habiéndose agregado 62 fojas para su análisis y modificado radicalmente los fundamentos y motivación de la tramitación desde inicio.-

Se evidencia que el punto crítico que demando más tiempo es la reunión de Consejo (desde el 27/07/2019 al 06/09/2019) y la remisión completa de las actuaciones (desde el 10/09/2019 al 23/10/2019). Es decir que las demoras, actuando con apuro administrativo, razonablemente pueden estimarse en un mes desde la desde la confección y registración de la resolución hasta la apertura de sobres, un mes para análisis y pedido de documentación, y menos de un mes para ser tratado por el Concejo de Administración, remitir y ser considerado por este Tribunal, vale decir menos de tres meses. Estos tres meses estimados por constatación, siempre puede reducirse sobre la base de la necesidad, prioridad y apuro, y son sacrificados.-

Por lo expuesto, se podría afirmar que la Administración ha actuado con diligencia mas no con acierto legal, y el desacierto ha obturado la posibilidad de aventar la razonabilidad económica, la conveniencia de la contratación, circunstancia de institucional importancia en razón al monto de la misma, el compromiso financiero que importa un préstamo dinerario en dólares, y el contexto económico inveterado del país, acentuado en la provincia. Aun con la tramitación excepcional promovida no pudo verificarse dicha razonabilidad al devolverse dos sobres de las ofertas de contenido económico, por razones sumamente analizables, sobre lo que ya me he expedido en mi anterior dictamen. El fracaso de la libre competencia entre oferentes eclipsa uno de los intereses, y miramientos, más relevantes en los procesos de contratación.-

Parafraseando a J. R. Dromi, en su obra *“Instituciones de Derecho Administrativo”*, Ed. Astrea 1973, p. 386: *“Las ventajas de la licitación son incuestionables, en tanto asegura precios más ventajosos, elimina favoritismos y permite un control eficaz en la contratación administrativa.”* La licitación es un procedimiento de selección del contratante de la Administración Pública que, sobre la base de una previa justificación de idoneidad moral, técnica y financiera, tiende a establecer que persona es la que ofrece el precio más conveniente para el Estado, así lo define el maestro M. S. Marienhoff en todas sus obras.-

#### **IV. Conclusión.**

En definitiva: **1)** el acto administrativo de encuadrar el procedimiento de contratación en una compulsa de precios por razones de monto, siendo la obra que se insta por \$153.814.744,92 y el máximo monto reglamentario para dicha modalidad de contratación de \$3.053.000,00, evidencia, por sí solo, una manifiesta arbitrariedad e improcedencia, y consiguientemente invalida todos los actos formalmente coligados; **2)** el procedimiento que hubiese correspondido en razón al monto es, sin duda, el concurso público; **3)** en el tiempo inmediatamente previo a la adjudicación y contratación, y como consecuencia de las observaciones realizadas por este Tribunal, el organismo auditado manifiesta, por nota, que la compulsa de precios se motiva en una urgencia, que no fue siquiera oportunamente invocada, mucho menos acreditada; **4)** aun así tomando, de modo absolutamente extremo, la posibilidad de sanear la Resolución de inicio, ante un procedimiento irregular, lógicamente con un nuevo acto administrativo que así lo resuelva, motivado con la suficiencia que merece el caso, debiendo evaluar con suma cautela la objetividad de la urgencia para sacrificar intereses públicos contenidos en los principios del derecho administrativo que hacen al imperativo de selección por concurso público; **5)** debe hacerse un juicio de valor restrictivo respecto al acontecimiento objetivo de la urgencia, en tanto la misma debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva, que la necesidad pública invocada debe ser presente, impostergable o improrrogable (Dictamen nro. 021/2001 TCC), y deben meritarse los principios administrativos que se sacrifican, en especial el de economía; **6)** el contenido de las notas que se agregan para acreditar la urgencia, entiendo no satisfacen las exigencias legales, como tampoco lo es suficiente el modo.-

Por los antecedentes que obran en estas actuaciones, considero que el procedimiento continúa en manifiesta irregularidad y que no se encuentra acreditada ni fundada la urgencia que se denuncia.-

Sin perjuicio de todo lo expuesto, y considerando que pudieron haber quedado muchos aspectos por analizar, y documentación por acompañar, u otras circunstancias que denunciar como justificantes serios de la urgencia, o informes que den sentido y sustento a las circunstancias ya denunciadas, la continuidad del procedimiento, en adelante, será, en última instancia, responsabilidad exclusiva y excluyente de la

A.P.P.M., tanto respecto a su regularidad, motivación, y justificación de las razones que ameriten sacrificar la tramitación ordinaria y la posibilidad de obtener mejoras económicas en competencia. Ante cualquier hipótesis, debe subsanarse la irregularidad administrativa, la que será a la postre el acto de juzgamiento del proceder, en instancia de revisión de cuentas por este Tribunal. Hoy se encuentra abnegada la prerrogativa de control y examinan de la razonabilidad en el monto del gasto y condiciones de contratación, y la acreditación de la urgencia invocada resulta insuficiente.-

Es mi opinión legal.-

**DICTAMEN Nro. 79/19.-**

**Gonzalo TORREJÓN**  
**Asesor legal TCC .**