

PARANÁ, 18 ABR 2017

VISTO:

Los Decretos N° 2008/16 MDS, 2789/16 GOB y la Acordada N° 284/16 del Tribunal de Cuentas;

CONSIDERANDO:

Que el decreto citado en primer término adjudico la Licitación Pública N° 3/2016 tendiente a la adquisición de 30.000 kg de tela polar con destino a la fabricación de frazadas y prendas de abrigo;

Que en fecha 26 de setiembre de 2016 el Decreto N°2789/16 GOB dispuso la suspensión de carácter transitorio de los efectos del contrato administrativo del Estado Provincial con la firma "Compañía Comercial Mayorista", adjudicataria de la mencionada licitación pública;

Que dicha suspensión quedó supeditado en su vigencia a la resolución definitiva de las investigaciones en curso y, en su caso a lo que dictamen y concluyan los órganos de control y a lo que se resuelva en sede administrativa;

Que se fundamenta la suspensión del contrato en el Oficio N° 127/2016 remitido por la Presidencia del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Entre Ríos, en el marco de las actuaciones caratuladas "Empresa RA-MAR-COM s /Comunica Recurso de Revocatoria Licitación N° 03/16 Decreto N° 2008/16", y en los informes y conclusiones elaborados por el Cuerpo de Auditores y Fiscal de Cuentas N°6 de dicho Tribunal;



Que en tal sentido la intervención del Tribunal de Cuentas obedece a la Acordada N° 284/2016 TC que define a las contrataciones de "alta significación económica" comprendidas en el Régimen de Contrataciones del Estado y en la Ley de Obras Públicas y las sujetas al control de ese Tribunal desde su origen;

Que al respecto ha emitido opinión en las actuaciones de referencia la Secretaría Legal y Técnica de la Provincia, elaborando un exhaustivo y pormenorizado análisis que este Poder Ejecutivo comparte en todos sus términos;

Que en virtud de ello, el dictamen de la mencionada Secretaría integra el presente acto administrativo

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA

DECRETA

ARTICULO 1°: Déjase sin efecto el Decreto N°2789/16 GOB que dispuso la suspensión de carácter transitorio de los efectos del contrato administrativo del Estado Provincial con la firma "Compañía Comercial Mayorista", adjudicataria de la Licitación Pública N° 03/16 en virtud del Decreto N° 2008/16 MDS, de conformidad a los argumentos expuestos en el dictamen de la Secretaría Legal y Técnica de la Provincia y que integra el presente decreto.

ARTICULO 2: Ordénese la continuación de la ejecución contractual con la firma "Compañía Comercial Mayorista", adjudicataria de la Licitación Pública N° 03/16.



Secretaría
Legal y Técnica
Provincia

ARTICULO 3°: Facúltese a la Tesorería General de la Provincia a emitir los pagos correspondientes de la suma adeudada por la mercadería entregada, con los respectivos intereses a la firma "Compañía Comercial Mayorista".

ARTICULO 4°: Dispónese no aplicar las disposiciones de la Acordada N° 284/16 del Tribunal de Cuentas de Entre Ríos, conforme los fundamentos expresados en el dictamen que integra el presente instrumento legal.

ARTICULO 5°: Instrúyase al Ministerio de Economía Hacienda y Finanzas y al Ministerio de Gobierno para que a la brevedad, elaboren y remitan a la Legislatura de la Provincia, un proyecto de ley que contemple y precise cuando una contratación del Estado deba ser considerada dentro del concepto de alta significación económica, y deslinde las respectivas competencias a cada uno de los órganos de control, de conformidad al artículo 213 inciso 1 de la Constitución de la Provincia.

ARTÍCULO 6°: El presente decreto será refrendado por la Señora MINISTRA SECRETARIA DE ESTADO DE DESARROLLO SOCIAL.

ARTICULO 7°: : Regístrese, comuníquese, publíquese y archívese

BORDET
STRATTA



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

Señor Gobernador:

La Señora Ministro de Desarrollo Social eleva informe preparado por áreas intervinientes respecto del procedimiento de Licitación Pública 03/16 cuyo decreto aprobatorio ha sido recurrido por el titular de una de las empresas oferentes cuya oferta ha sido rechazada, en función del consejo efectuado por la Comisión de Compras designada al efecto. Oportunamente, el Tribunal de Cuentas remitió al expediente licitatorio distintos oficios, encontrándose suspendido los efectos del contrato administrativo entre el Estado Provincial y la firma COMPAÑIA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. adjudicataria de la Licitación Pública N° 03/16, disponiendo asimismo, la suspensión de todos los trámites derivados de su cumplimiento, según lo dispone el Decreto N°2.789/16 GOB.

Dada las cuestiones involucradas y teniendo en consideración el proceso administrativo llevado a cabo resulta necesario establecer las siguientes consideraciones:

I. - INTRODUCCION

Se inician actuaciones ante el Ministerio de Desarrollo Social por parte de la Subsecretaría de Políticas Sociales para la aprobación del Programa Cobijar 2016, el que

820

Dictamen N°





Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



es aprobado por Decreto N° 588 MDS del 04.04.2016.

El mismo, consta de Anexos en los que se detallan objetivos, modalidad e implementación, siendo dicha Subsecretaría el Organismo ejecutor.

Para la materialización del Programa en cuestión y sus correspondientes Anexos y a fin de procurar el objetivo principal de fortalecer el trabajo local y que los beneficiarios realicen tareas de costura y confección de frazadas mas prendas de abrigo, se tramitó mediante Expte. N° 1.808.979 el procedimiento de Licitación Pública N° 03/16.

El Decreto N° 535/16 MDS autorizó la adquisición de 30.000kg. de tela tipo polar liso, ambas caras cardadas, calidad estándar, 100% poliéster, ancho entre 1,50 y 1,70 gramaje de espesor medio/alto, tratamiento antipilling en una de sus caras; rendimiento mínimo 2,40 mts. x un kilogramo, Gama de Colores oscuros¹, con destino a la fabricación de frazadas y prendas de abrigo.

Asimismo, se autorizó a la Unidad Central de Contrataciones a realizar el llamado a Licitación Pública y se aprobaron los Pliegos de Condiciones Generales y Particulares-PCG y PCP-.

¹ Decreto N°535/16 MDS. Pliego de Condiciones Particulares-OBJETO-.

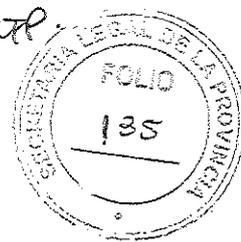


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.500

820



La compra interesada fue presupuestada en la suma de \$7.200.00.-y la Comisión de Compras constituida al efecto, confeccionó el Acta de Apertura N° 12/16 en la que detalla la presentación de ofertas por parte de las firmas ROZUMNY Alejandro y ROZUMNY Gerardo S.H."LITORAL TEXTIL", "COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L." y Andrés Eduardo Héctor "RAMARCOM".

Con las muestras recibidas, se realiza el informe técnico que obra a fs.132/138 y mediante Acta N° 35/16 la Comisión se expide destacando que el material que propone "LITORAL TEXTIL" posee un rendimiento inferior al requerido y no cumple con lo previsto en los Numerales 4.5 y 6 del PCP, en su oferta base y tampoco cumplimenta con éstos últimos requerimientos en su oferta alternativa.

Que, en cuanto a la firma RAMARCOM, el material ofrecido posee un rendimiento inferior al requerido y si bien ha cumplimentado con los Numerales 4.5 y 6 del Pliego de Condiciones Particulares con posterioridad al Acto de Apertura presenta nota del fabricante condicionando el plazo de entrega a la definición y aceptación de los colores y concreción de la compra.

Se aconsejó adjudicar a la firma "COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L." por haber cumplido con los requisitos de los pliegos, ajustarse a lo requerido y resultar



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.592

820



el precio cotizado acorde a los valores de mercado, según se consigna en el informe técnico confeccionado por el Subsecretario de Políticas Sociales, siendo además inferior al estimado y presupuestado.

Se concreta la aprobación de lo actuado por la Unidad Central de Contrataciones; el rechazo de la ofertas nombradas y la adjudicación de la Licitación Pública N^a. 03/16, a la firma precitada mediante Decreto N^o 2.008/16 MDS del 21.07.16.

El monto total de la oferta de-"COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L."- que resultara adjudicada es de \$6.996.000.-para la provisión de 30.000kg. de tela tipo polar liso, ambas caras cardadas, marca CLADD, 100% poliéster y demás características requeridas en pliegos con destino a la fabricación de frazadas y prendas de abrigo, a un precio unitario de \$ 233,20.

Contra el Decreto N^o 2.008 MDS del 21.07.16 la firma RAMARCON de Andrés Eduardo Héctor interpone RECURSO DE REVOCATORIA prescripto en los arts.55° a 57° de la Ley N^o 7060 en fecha 18.08.16 (Expte. N^o 1.878.262).

El Decreto fue notificado el día 03.08.16 y el Recurso fue interpuesto por ante Mesa de Entrada de Gobernación y se considera que ha sido deducido el legal tiempo y forma y por ende, resultó admisible. Ha solicitado la revocatoria del decreto y la nulidad de la



Gobierno de Entre Ríos

820

137

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

adjudicación por resultar lesiva a los intereses de la Provincia².

Se expide la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social en un pormenorizado análisis de los agravios expuestos, por el Señor Eduardo Héctor Andrés propietario de la firma RAMARCOM. Aquellos, no logran conmovier y tornar ilegítimo el acto administrativo atacado.

Aconseja dicha Dirección rechazar el Recurso de Revocatoria interpuesto contra el Decreto N° 2.008/16 MDS.

Obran, además como documentación respaldatoria informes que sirvieron de base a las respuestas requeridas por el Tribunal de Cuentas, tales como los solicitados por el Subsecretario de Políticas Sociales a la Universidad Tecnológica Nacional-Regional Paraná-UTN- cuya Facultad Regional participa del Proyecto de Fortalecimiento de Micro emprendedores del Sector Textil Artesanal agrupados en Cooperativas brindando una clarificación técnica.

De la entrevista a la Presidente de la Cooperativa "Hilvanando sueños Ltda.", la misma refiere ante la pregunta que si entienden que es lo mismo una tela que rinda 2,40 mts que otra que rinda 2,10 mts por kg,

² Nota del 22.08.16 presentada ante el Tribunal de Cuentas con referencia al Expte.N° 1.878.621

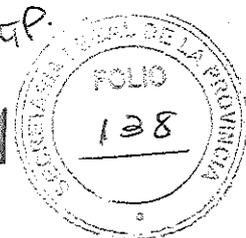


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14 54P.

820



la entrevistada responde que no, justamente una tela que rinda menos no sirve para hacer frazadas, quizás para hacer otro tipo de ropa, pero no frazadas que necesitamos que nos rinda el largo; entrevista que ha sido refrendada por la Escribanía Mayor de Gobierno.

A. - INTERVENCION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS

Mediante Oficio N° 127/16 TC de fecha 12.08.16 la Dirección de Asuntos Jurídicos toma conocimiento de las actuaciones: "EMPRESA RAMARCON S/COMUNICA RECURSO DE REVOCATORIA LICITACION N° 03/16-DECRETO N° 2008-16 MDS" Expte. N° 604/2016 por medio del cual se adjuntan fotocopias certificadas de fs.1 (Nota presentada por el recurrente), de los informes N° 32.493 C.A., N° 32.501 C.A. y del Dictamen N° 09513 y se solicita información sobre el Expte. N° 1.878.621.

La Auditora interviniente del Tribunal de Cuentas en el Informe elevado detalla el objeto, destino, apertura, publicación, oferentes y adjudicación de la Licitación Pública.

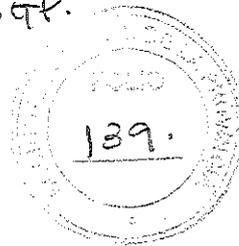
Se detiene en lo que especifica el Pliego de Condiciones Particulares respecto del objeto del llamado a Licitación Pública: "30.000 kgrs. de tela polar liso (ambas caras cardadas), calidad estándar, 100% poliéster, ancho entre 1,50 y 1,70 gramaje de espesor medio/alto, tratamiento antipiling en una de



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



sus caras. Rendimiento mínimo 2,40 mts x kg. Gama de colores oscuros".

Detalla aspectos del Informe Técnico elaborado por la Subsecretaría de Políticas Sociales del Ministerio de Desarrollo Social del que surge respecto de la firma RAMARCOM- Punto 3: **"En relación a la firma Ramarcom, de Eduardo Héctor Andrés, no se ajusta a lo requerido por no contar con el rendimiento mínimo establecido en el pliego"** . (2,40 mts x kg)

Expone un Análisis Comparativo de Precios y explica que ha tenido en cuenta las especificaciones del Pliego de Condiciones Particulares y la decisión de la Comisión de Compras constituida al efecto, sobre los requerimientos referidos al rendimiento de la tela y la Carta Compromiso; consigna un cuadro comparativo y formula las observaciones.

Relata que ha realizado consultas personales al Subsecretario del Area y como conclusión de las entrevistas verbales llevadas a cabo, infiere que **"la selección de la propuesta efectuada por la firma Compañía Comercial Mayorista, habría causado un perjuicio fiscal al Estado Provincial, que fue determinado en la suma de \$ 1.469.500,00"**.

Lo señalado por la Auditora actuante sirve de base a las conclusiones que eleva a los miembros del Honorable Cuerpo y al Dictamen N° 09513 de la Fiscal de Cuentas N° 6 quien solicita se libre oficio a las áreas



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14548
820
FOLIO
140
SECRETARÍA LEGAL DE LA PROVINCIA

competentes del Poder Ejecutivo y la elevación a aquella en la que se encuentra en trámite el recurso interpuesto.³

El mentado Oficio fue contestado por la Directora de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social informando lo requerido y analizando las observaciones efectuadas en el Informe N° 32.501 C.A.

Mediante el Oficio N° 164/2016 de 27.10.16 el Tribunal de Cuentas remite a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Desarrollo Social copia de Dictámenes Fiscales N° 9704 y N° 09766 y de Informes de Auditoría N° 32.781 C.A. y 32.782 C.A.

La Dirección de Asuntos Jurídicos en su contestación a dicho Oficio refiere a cada uno de los informes de Auditorías remitidos y Dictámenes Fiscales, haciendo mención a los solicitados por el Subsecretario de Políticas Sociales a la Universidad Tecnológica Nacional-Regional Paraná-UTN-y a la entrevista a miembro de la Cooperativa "Hilvanando sueños Ltda." la que ha sido refrendada por la Escribanía Mayor de Gobierno.

El Tribunal de Cuentas remite nuevo Oficio N° 220/16 del 06.12.16 en las actuaciones "EMPRESA RAMARCON S/COMUNICA RECURSO DE REVOCATORIA LICITACION N° 03/16-DECRETO N° 2008-16 MDS" Expte. N° 604/2016 para remitir el Dictamen N° 9950/16 y la presentación de la Empresa COMPAÑÍA COMERCIAL

³Dictamen N° 09513 de fecha 07.09.16.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



MAYORISTA S.R.L., interesando del mismo contenido a Organismos que cita en su texto.

Otro aspecto a tener en cuenta, es el hecho que dicha Empresa ha expuesto que por Orden de Compra N° 24/16 de fecha 29.07.16 emitida por la Dirección General de la Unidad Central de Contrataciones, procedió a cumplimentar con la primera entrega de la mercadería y consecuentemente se emitió la Factura N° B 0003-00000222 en fecha 04.08.16 por la suma de \$ 3.498.000.-

La mencionada Empresa expone al Presidente del Tribunal de Cuentas las razones que ameritan su situación y solicita el levantamiento de la medida de suspensión del cumplimiento y ejecución de la Orden de Compra emitida a consecuencia de la adjudicación resuelta por Decreto N° 2.008/16 MDS.

B.-INTERVENCION DE LA UNIDAD CENTRAL DE CONTRATACIONES

Por su parte, la Unidad Central de Contrataciones en fecha 22.09.16 informa al Fiscal de Estado respecto del procedimiento llevado a cabo, de cuyo texto se destaca lo siguiente:

a.-las especificaciones que debían cumplir los oferentes fueron determinadas por el Organismo interesado;

b.-que previo al dictado del Decreto N° 535/16 MDS, durante el desarrollo del procedimiento y en forma previa al Decreto N° 2.008/16 MDS han intervenido los organismos

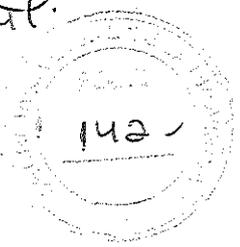


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.50P.

820



de control procedimental y legal pertinentes, no habiendo recibido objeciones;

c.- que no se ha recepcionado presentación formal en relación a los requisitos, los pliegos no se impugnaron ni fueron observados por el Oferente Andrés; que ha consentido los requisitos del mismo, dado que al haber presentado la oferta aceptó lisa y llanamente las estipulaciones de la contratación;

d.- no se advierten recomendaciones previas por parte de los organismos de control;

e.- el Acta de Comisión de Compras N° 35/16 menciona que:

1).- la recomendación de adjudicación recayó en el único oferente válido que cumplió con todas las exigencias del pliego⁴,

2).- cotizó un precio inferior a la estimación obrante en el expediente,

3).- ante la necesidad de contar con la tela se aconseja adjudicar a la brevedad posible, para dar continuidad al Programa COBIJAR,

4).- el criterio adoptado comprendía razones de oportunidad y conveniencia, plasmadas en la misma,

f.- se adjudica a COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. y se emite Orden de Compra N° 24/16 habiéndose producido la entrega del 50% de la tela adjudicada, cuyo pago se tramita por Expte. N° 1.884.913.

⁴Art. 57° Decreto N° 795/96 MEOSP

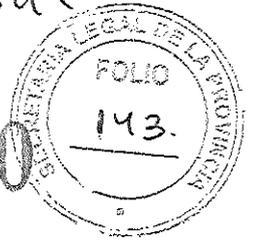


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4.5.16

820



C.-SUSPENSIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Mediante Decreto N° 2.789/16 GOB(26.09.16) se suspende los efectos del contrato administrativo con la COMPAÑÍA COMERCIAL MAYORISTA S.R.L. adjudicataria de la licitación tendiente a la adquisición de 30.000 kg.de polar liso y demás especificaciones, que fuera autorizada por el Decreto N° 535/ 16 MDS y aprobada por Decreto N° 2.008/16 MDS.

Según lo consigna el VISTO del decreto citado, lo expuesto es consecuencia del Oficio N° 132/16 remitido por la Presidencia del Tribunal de Cuentas a Fiscalía de Estado en las actuaciones caratuladas: "EMPRESA RAMARCOM.S/COMUNICA RECURSO DE REVOCATORIA LICITACIÓN N° 03/16 DECRETO N° 2008 MD", que tramitan en el seno del Tribunal de Cuentas.

El trámite se inicia con la denuncia del representante de la Empresa citada, quien fuera oferente de la licitación mencionada⁵.

El mismo, en fecha 22.08.16 pone en conocimiento del Tribunal de Cuentas que por Expte. N° 1.878.621 tramita un Recurso de Revocatoria contra el decreto por el cual se resolvió la adjudicación de la Licitación Pública N° 03/16 a favor de otra Empresa y se desestima la oferta presentada el dicho representante.

Expone que es una Empresa local que ha ofertado el mismo producto, igual marca y a

⁵Expte .N° 1.891.838.Asunto:Remite Inf. Auditoría y Dictamen. Exp .N° 604/16.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17 SUP
820



un precio menor de aproximadamente \$ 2.259.000.-en el total del contrato; en razón de ello ha solicitado la revocatoria del decreto y la nulidad de la adjudicación por resultar lesiva a los intereses del Estado.

Advierte que pone en conocimiento de todos los organismos de control de la situación, a fin de que se arbitren medidas y aconsejen al Poder Ejecutivo la suspensión del trámite de la compra y el pago en salvaguarda de los presuntos daños, la responsabilidad de los funcionarios actuantes y de los Organismos de control por llevar adelante un procedimiento, a su criterio, viciado en forma evidente.

II.- DETERMINACION DE LA OFERTA MAS CONVENIENTE⁶

Dada la vastedad de las cuestiones involucradas es posible señalar algunos de los aspectos que estimo imprescindibles para mejor comprensión del problema a ser abordado, máxime cuando surge la necesidad de establecer la frontera entre aquellos comportamientos administrativos sujetos a control y los que se encuentran exentos.

En doctrina se discute si la expresión "oferta más conveniente" u "oferta más ventajosa" comporta un concepto indeterminado, o bien, autoriza el ejercicio de una facultad discrecional.

⁶ Domingo Sesin publicado en "Cuestiones de Contratos Administrativos" Ed. RAP, Bs. As. 2007, pp125/142.



Gobierno de Entre Ríos

*Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia*

En nuestro país, un sector de la doctrina considera que se trata de un concepto jurídico indeterminado donde solo es posible una solución justa. CASSAGNE explica que la adjudicación constituye el acto administrativo que selecciona la oferta más conveniente para la Administración desde el punto de vista de su idoneidad moral, técnica y económica financiera.

De allí postula que la selección de la oferta más conveniente puede llevarse a cabo mediante la comparación de todos los elementos objetivos integrantes de la oferta (precio, plazo, plan de inversiones, aspectos técnicos y antecedentes)⁷.

Otro sector estima que la expresión oferta más conveniente autoriza, en cambio, el ejercicio de una facultad discrecional dentro de los límites de la juridicidad.⁸

Elegir entre dos o más alternativas válidas dentro del Derecho confirma la presencia de una modalidad discrecional en su mínima expresión.

Sin embargo, lo discrecional no puede limitarse solo a apreciar la oportunidad; en otras ocasiones trasunta una ponderación de intereses, una valoración del interés público o un simple acto volitivo del órgano competente.

⁷CASSAGNE, J.C. "El Contrato Administrativo", Bs.As. 1999, p.58
⁸COMADIRA, Julio R. La Licitación Pública Bs. As. Depalma, 2000, pp. 127 a 131; DIEZ M. D. Administrativo, T.III. Bs.As. 1979, p. 121.



Gobierno de Entre Ríos



820

Secretaría Legal y Técnica de la Provincia

Como es sabido, determinar cuál es la oferta más conveniente se vincula con cuestiones técnicas, científicas o de experiencia. La remisión normativa a valoraciones técnicas no supone automáticamente la atribución al órgano administrativo de una potestad inmune al control judicial.

En efecto, las reglas técnicas (conocimiento especializado) de universal consenso, o al menos tolerables (cuando trasuntan una verdad relativa), las reglas de la experiencia (conocimientos prácticos comunes) como los estándares de conductas, integran el orden jurídico administrativo por remisión expresa o implícita de éste.

Este criterio ha sido adoptado por el Tribunal Superior de Córdoba, ("Miranda Margarita c/Provincia de Córdoba". Cont. Adm. Sentencia 32/97 LLC, 1997-946) donde, sobre la base de que la discrecionalidad puede estar en menor o mayor medida en cualquier elemento del acto administrativo, el juzgador realiza el control del ejercicio de la discrecionalidad al momento de resolver el fondo de la cuestión.

Con tal estrategia se cumplimenta con el derecho a la tutela efectiva. Avanzar más allá pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional implicaría traspasar los límites de la juricidad y entrar en la llamada zona constitucional de reserva de la Administración.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



Cuando excepcionalmente existan varias ofertas que de igual modo se subordinen a reglas técnicas y en todos los casos sean económicamente equivalentes, la selección de una de ellas incumbe a la Administración mediante la discrecionalidad.

Así también se ha precisado: "(...) **Cualquier empresa tiene derecho a tomar parte en un concurso convocado por el Estado si cumple con las bases del mismo, pero ello no quiere decir que, aun en el caso de que hubiera sido admitida a la licitación, lo tenga a que la adjudicación se haga a su favor, en cuanto aquél es libre de aceptar la oferta que discrecionalmente considere más ventajosa, y mucho menos ostente una expectativa que deba ser amparada, toda vez que la posibilidad de que la Administración no acepte la oferta cuyo suministro o venta se dedica el empresario, no supone una lesión reparable por quien no tiene obligación alguna de aceptarla, no pudiendo fundamentar su pretensión en el simple hecho de no haber conseguido el resultado de la inversión, productividad o comercialidad pretendido** (...)".⁹

Sobre el valor relativo del menor precio ha sostenido claramente la jurisprudencia argentina: "(...) **No cabe duda de que el menor precio constituye un dato inestimable en miras a valorar esa conveniencia, pero no siendo el único, la Administración, en determinadas ocasiones, puede prescindir de**

⁹Sentencia Trib. Supremo Español auto de fecha 29.01.88..Cit.Domingo Sesin



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.507P
820



ese parámetro como elemento decisorio de selección. Sin embargo, es necesario que el comitente exprese siempre cuales han sido las circunstancias que lo llevaron a apartarse del precio más bajo. Ello es así desde que los contratos se celebran para cumplirse y el Estado debe formalizarlos con quien o quienes demuestren el máximo de garantía de cumplimiento¹⁰.

En nuestro país, conforme diversas normativas vigentes en los últimos años, la propuesta más conveniente resulta de la ponderación conjunta del precio, la calidad, la idoneidad del oferente y demás condiciones de la oferta que acrediten el mayor beneficio para el interés de la sociedad.

Así se ha señalado: "(...) El mejor precio no es condición determinante para la adjudicación de una obra pública, pues el ejercicio de la facultad discrecional de la Administración para adjudicarla a la oferta más conveniente importa considerar no solo el precio, sino otros conceptos, como por ejemplo antecedentes en la ejecución de obras similares (...)"¹¹.

Asimismo, el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha explicitado: "(...) la elección de la oferta más conveniente presupone que las distintas ofertas

¹⁰Cfr. MÓ F. Régimen Legal de Obras Públicas. Bs.As. Depalma, 977, p.168.

¹¹"Racconto Femenia S.A. c/Municipalidad de ciudad de Mendoza s/Acción Proc..Adm"- Fallos 94199213.SCJ-Sala III-06.09.1994- Mendoza.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.5078
820
SECRETARÍA LEGAL DE LA PROVINCIA
FOLIO
149.

presentadas sean comparables entre sí y, en ese sentido, las bases de la selección juegan un papel decisivo debiendo por ello ofrecer claridad, precisión y la menor cantidad posible de variables o elementos indeterminados (...) "¹².

En la Provincia de Córdoba, el art.19° de la Ley 8.837 de incorporación de Capital Privado al Sector Público, añade: "En todos los casos, la oferta más conveniente será evaluada teniendo en cuenta la totalidad de las variables que demuestren el mayor beneficio para los intereses públicos y la sociedad".

En la elección de la oferta más conveniente existe discrecionalidad, ya que la administración muchas veces tiene una doble libertad: a) para fijar los criterios que va aplicar en la selección y b) para ponderarlos objetivamente.

Los conceptos de legitimidad y oportunidad (mérito, conveniencia, etc.) no se confunden ni se asimilan a los de actividad reglada y actividad discrecional.

Oportunidad, conveniencia, mérito, son elementos que integran la competencia jurídica que el legislador ha conferido al

¹²Trib. Sup.Neuquén. Acuerdo N° 617/2000."CONSUR vs .MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN s/APA" BARRECE María y BACCI María."CONTRATOS ADMINISTRATIVOS reseña de jurisprudencia del Trib. Sup. de Neuquén.RDA N°33/35, enero-diciembre 2000.Depalma(hoy Lexis Nexis) p.515.Cit.por D.Sesin



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



administrador, habilitándolo para que pueda realizar concretamente su función de tal, en orden a satisfacer las necesidades públicas.

Cuando en nuestra disciplina aludimos a las expresiones oportunidad, mérito y conveniencia, lo primero que nos viene a la mente es el concepto de atribuciones, facultades o potestades discrecionales, o, al menos a las ejercidas con ese carácter y como consecuencia de ello, no revisables por principio por los órganos judiciales.

En efecto, configura un lugar común identificar esa terminología en nuestro medio al reconocimiento de potestades o poderes discrecionalmente ejercidos por parte de la Administración pública, lo cual -dicho sea- supone con carácter anterior y necesario el reconocimiento de qué potestades de tal naturaleza existen en cabeza de la propia Administración pública, pues sin duda ellas existen en el ámbito de la función legislativa, por cuanto el órgano que la ejercita cuenta con un expreso reconocimiento en el texto constitucional de tales atribuciones (Art. 75°, inc. 32 C.N.).

Ahora bien, como resultado del proceso de evolución del derecho, modernamente se acepta, sin mayores disensos, que la discrecionalidad administrativa importa para la Administración pública la posibilidad de adoptar de entre dos o más soluciones válidas e igualmente justas, aquella que satisfaga en



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.508
820



mayor medida en el caso singular y concreto la finalidad del interés público que la norma atributiva de competencia ha tenido en vista al asignarla.

Como dice el Profesor Gordillo: "...las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano que es lo que el órgano debe hacer en el caso. Serán discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre una cosa u otra, o hacerla de una y otra manera".

Sin omitir que toda atribución de competencia al órgano administrativo importa, antes que ninguna otra cosa, el deber de obrar conforme a la finalidad dispuesta por la norma que la atribuyó y no a otra, pues de lo contrario el órgano administrativo incurriría en el vicio de desviación de poder.

Resulta empíricamente comprobable que no existen en el ámbito de la función ejercida por la Administración pública actos puramente discrecionales, ni actos puramente reglados, pues como también lo ha señalado el Profesor COVIELLO, el asunto se presenta como un fenómeno de grados.

III. -EL CONTROL. CONCEPTO GENERAL

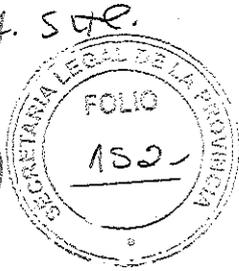


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4. 578.

820



En rigor de verdad, no necesita ser destacada la relevancia esencial de la función de control en las actividades de la hacienda pública como ente económico.

De ahí los claros conceptos de Cayetano Licciardo al afirmar, que en hacienda pública, en control es una función que hace al ejercicio del poder, está vinculado al cumplimiento de la voluntad del Estado, cuya misión-agrega-no es operar para sus miembros, como lo hacen las familias, sino para el bien común...¹³

La doctrina más prevaleciente suele dividir en varias etapas. A esos efectos se conciben tres expresiones de control: el preventivo, el concomitante y el ulterior.

Esta clasificación permite advertir una obvia idea de temporalidad, pues gira en torno al control llevado a cabo antes, durante y después de sancionado ese presupuesto.

Roberto J. Dromi enfatiza la nota caracterizante en el presupuesto, como instrumento de gobierno y control y agrega: el presupuesto es un acto legislativo: "Controla el presente y el futuro a través de una

¹³ CAYETANO A. LICCIARDO, "Análisis crítico de la ley de administración financiera y de control del Sector Público Nacional" en Anales de la Academia Nacional de C. Económicas .XXXVII. Año 1992. Cit. en Nota: "Organismos de control externo en la hacienda pública .Importancia de su raigambre constitucional". Adolfo Atchabahian



Gobierno de Entre Ríos

820



Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

"previsión" y predeterminación de las erogaciones¹⁴.

Se instituyen por un lado, órganos llamados a ejercer lo que se conoce como control interno, diversos de aquellos a los cuales se difiere el ejercicio del denominado control externo.

Es doctrina que para la eficiente funcionalidad de ambas formas, el ordenamiento debe procurar el desempeño de ellas, a fin de evitar toda posibilidad de superposición, o aún de conflicto, entre sus menesteres. Ello requiere que las normas de la ley contengan la más clara determinación de competencias asignadas a cada órgano de control.

Al control interno se lo concibe en el seno del propio poder administrador, con vistas a verificar que los numerosos casos comprendidos en las tareas atinentes a la ejecución presupuestaria, sean cumplidos de conformidad con las leyes y reglamentos aplicables; he ahí una de las partes integrantes del control concomitante atendido desde adentro, en la órbita del poder administrador, respecto de los mandatos ínsitos en la ley de presupuesto.

Así, la doctrina ha elaborado tipologías sobre formas de control de la actividad financiera:

¹⁴ JOSE ROBERTO DROMI, "Presupuesto y cuenta de inversión". Ed. Astrea. Bs.As. 1988. pág 18

12/17. SUE.



820



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

1.-CONTROL INTERNO y EXTERNO atendiendo al órgano que lo ejerce.

2.-CONTROL PREVENTIVO, CONCOMITANTE o de EJECUCIÓN y a POSTERIORI en función del momento en que se realiza, en relación a la acción controlada.

Control administrativo o INTERNO: o también autocontrol, el que se despliega conforme el art.210° Constitución Provincial y art.68° Decreto N° 404/75 T.U. y O. de la Ley N° 5140 de Administración Financiera, de los Bienes y las Contrataciones.

Control PREVENTIVO: la característica primordial de este control según la doctrina y legislación comparada es su carácter previo o preventivo, interpuesto como condición de eficacia jurídica de los actos administrativos y no su acción sobre hechos consumados, tal como se define al control ex post o externo.

Es necesario resaltar que los resultados de éste control nunca se conocen durante la gestión de la administración de turno.

Ahora bien, el objetivo primario del control interno es, en efecto, la comprobación de la conformidad del acto de la Administración con el ordenamiento jurídico, esto es el control de legalidad.

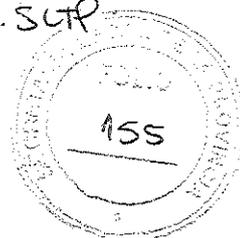
La función interventora del gasto debe desarrollarse en dos niveles: el primero en el momento en que se contraen las obligaciones de contenido económico y, el segundo en aquel en que se realizan



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



efectivamente los pagos. Se revela así el carácter preventivo o concomitante del control interno del gasto público.

El Control preventivo se expresa a través de diversos actos: autorización, aprobación, visto bueno que contemplan respectivamente aspectos relacionados con el acto administrativo.

La Constitución Provincial afirma el ámbito del control previo de legalidad dentro de un campo más amplio cual es el control de la ejecución presupuestaria, en el que aquel, el control previo confluye con el concomitante.

El control presupuestario también puede ser enfocado desde¹⁵:

- a. **Por su objeto:** control financiero¹⁶, control patrimonial¹⁷, control de costos¹⁸.
- b. **Por su alcance:** control de legalidad, control de mérito y de gestión.

El primero de los citados, normalmente se lo denomina control formal. Consiste en verificar si los actos fueron realizados de acuerdo con las atribuciones, objetivos y procedimientos fijados en la norma jurídica.

¹⁵“EL CONTROL DE LA ADMINISTRACION PUBLICA” Javier I. Barraza y Fabiana H. Schafrik

¹⁶Comprende el control de ejecución de los movimientos de fondos, el llamado movimiento de control de cargos o de rendición de cuenta.

¹⁷Esta referido al aumento o disminución del activo y pasivo del Estado.

¹⁸No esta admitido por la ley de contabilidad.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4 SUP.

820

156

En lo relativo al control de mérito consiste en apreciar el valor, oportunidad, eficiencia, productividad, y convivencia del acto y, en el caso del presupuesto, sólo puede ser realizado por el Congreso en la Nación y el Poder Legislativo en las provincias.

- c. **Por el órgano que lo lleva a cabo:** control administrativo, control legislativo y control jurisdiccional.
- d. **Por la ubicación de los diferentes órganos:** control interno o externo.
- e. **Por el momento en que se lleva a cabo:** control preventivo, control simultáneo o concomitante, y control posterior o ulterior o crítico.

En la normativa constitucional nacional, provincial y en los estándares internacionales de la gestión pública son presupuestos necesarios de todo control:

1.-la prohibición de no autorizar pago alguno que no se ajuste a la ley de presupuesto y leyes especiales,

2.-la obligación de controlar la legalidad del gasto público en todas las oportunidades, momentos, desplazamientos o atribución patrimonial.

En efecto, el concepto del "control previo de legalidad" importa el análisis de la regularidad del acto administrativo, regularidad que impone no solo la

12/17 SUP.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



verificación de la licitud sino de la adecuación sustancial a la normativa vigente; no es formal sino sustancial, pues obliga a determinar el cumplimiento efectivo de los principios y regulaciones jurídicas y contables.

Debe considerarse que el carácter previo del mismo no se refiere a lo cronológico o temporal, sino lógico: **lo previo o anterior implica el deber de expedirse a priori de cualquier acto, actuación o resolución que signifique un compromiso patrimonial para el Estado,** o que pueda implicar afectar los recurso de este último, cualquiera sea la causa de la erogación, gasto o desplazamiento pecuniario.

El llamado control previo en realidad constituye el mecanismo por el que se analiza un acto antes de su dictado y durante su ejecución.

1.-CONTROL PREVIO.CONTADURIA GENERAL DE LA PROVINCIA

En el XVII Congreso Nacional de Contadurías Generales se ha expuesto sobre el control previo de legalidad, llevándolo al campo más amplio del "control de la ejecución presupuestaria", donde el control previo confluye con el concomitante.

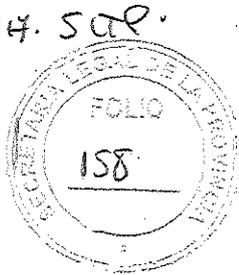
La Constitución de la Provincia en el art.210° dispone que la Contaduría General es el **órgano rector** de la contabilidad de la administración que tiene a su cargo el



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4. 500.
820



control interno de la gestión económico financiera y patrimonial de la hacienda pública. Interviene **preventivamente en todos los actos** que generen libramientos de pago con cargos a fondos previstos en el presupuesto general o en otras leyes que los autoricen, sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o mérito.

El control interno-llamado también autocontrol-, por realizarlo la propia Administración-en nuestra legislación financiero-legal específica, se establece a cargo de la Contaduría General arts.68° y sgtes.de la Ley de Administración Financiera, de los Bienes y las Contrataciones Ley N° 5.140 T.U.yO.Decreto N° 404/95 MEOSP, que concibe a la Administración Financiera-.A.F.- bajo una perspectiva sistémica¹⁹.

El Decreto N° 1836/96 MEOSP reglamentó de la Ley 5140 y proclama los objetivos principales de la ley, en sintonía con la ley nacional, para el mantenimiento de un eficiente y eficaz **sistema de control interno** normativo, financiero, y económico sobre sus propias operaciones, comprendiendo la práctica de control y de la auditoría interna.

El art.22° del mismo, reglamenta el art.51° L.A.F. y dispone: La Contaduría

¹⁹Los cuatros sistemas previstos en la norma son: presupuesto, crédito público, contabilidad y tesorería.

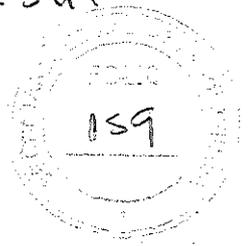


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17. SUP.

820



General es el órgano rector del sistema contable²⁰.

A los fines de concretar la centralización normativa y descentralización operativa, la ley crea la figura de los **órganos rectores²¹ en el ámbito de cada sistema**, que se encuentran bajo la coordinación de un organismo supervisor y coordinador de la aplicación financiera, tales como la Secretaría de Hacienda.

El Decreto N° 4076/79 MEOSP aprueba el MANUAL DE FUNCIONES.REGISTRO MINIMOS E INSTRUCCIONES GENERALES PARA LOS SERVICIOS ADMINISTRATIVOS CONTABLES JURISDICCIONALES y dispone en el art.31°: la Contaduría General ejercerá, a través del Delegado Contable Jurisdiccional, quien lo es del Contador General, el control interno y preventivo, cuya facultad emana de la Constitución Provincial y correlativamente de la Ley de Contabilidad en sus aspectos legales y operativos.

En función de las facultades conferidas, ha dictado resoluciones que establecen el procedimiento de las tareas de control que realizan las dependencias de ese

20 Teoría General de Sistemas se basa en el conjunto de componentes institucionales de recursos, decisiones, acciones técnicas íntimamente relacionados entre sí. Se traduce en una administración financiera con centralización normativa y descentralización operativa.

21ORGANO RECTOR: unidad organizativa responsable de administrar un sistema componente del macrosistema de administración financiera.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



Organismo sobre actuaciones y actos administrativos.²²

En materia de normativas relativas a actividades en el ejercicio de las funciones de control se encuentra vigente el Reglamento de Funciones de Contadores Auditores, el que establece funciones de control, asesoramiento, intervención, firma de órdenes de pago o de entrega, análisis de los actos administrativos de incidencia presupuestaria, financiera o patrimonial²³, etc.

En este contexto es importante rescatar la justa preocupación que -en estas cuestiones- animó a los constituyentes cuando trataron el tema de control, el que básicamente se asienta en los arts.210 y sgtes.de la Constitución Provincial.

De la lectura de las actas de la Convención Constituyente, de los debates de la misma se han esbozados las pautas y objetivos de los denominados Órganos Autónomos de Control.

El dictamen de la Comisión de Control del Estado-23 sesión ordinaria-ha dejado expresamente aclarado la competencia y funciones de la Contaduría General cuando reconoce que **debe llevar adelante el control interno** de la gestión económica, financiera y patrimonial de la hacienda pública provincial.

²²Res. N° 096/99 C.G.

²³Res. N° 050/02 C.G. y Res.149/02 C.G.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.500
820



El control administrativo sobre la hacienda pública, no se limita a la intervención preventiva en todos los actos que generen libramientos de pago, sino que la Constitución Provincial la caracterizó como órgano rector del sistema de control interno de la gestión económico financiera de la hacienda pública provincial y del sistema de contabilidad gubernamental.

Ahora bien, la Contaduría General de la Provincia, tiene bajo su responsabilidad, el deber de controlar en forma previa y concomitante las actuaciones administrativas que culminan con el dictado de actos administrativos que comprometen la hacienda pública.

Por efecto de dicho control se produce la suspensión del acto hasta tanto sean subsanadas las causales que motivaron la observación o en su defecto, sea ratificado el acto administrativo observado por Acuerdo General de Ministros.

Esta facultad convierte al Órgano de Control del Estado en el único Organismo que puede prevenir un daño a la hacienda pública antes de la ejecución del acto que eventualmente lo provocaría.

Así, se constituye el esquema de control preventivo atribuido a la Contaduría General, siendo el mismo la base fundamental para lograr el funcionamiento eficiente del aparato administrativo público.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



2.-CONTROL EXTERNO. TRIBUNALES DE CUENTAS

El control externo se configura cuando los organismos que lo ejercen no pertenecen a la organización de la institución que debe ser controlada.

Para simplificar y resumir los antecedentes de régimen vigente en la actualidad, podemos apuntar la actuación de dos órganos: la Contaduría General y el Tribunal de Cuentas. La primera entiende del control interno de la hacienda pública, consistente en un monitoreo de la regularidad contable, tratándose, pues, de un tipo de control previo.

Por su parte el Tribunal de Cuentas tiene a su cargo el control externo, que se asume con posterioridad al acto (en principio); no obstante lo cual ese Órgano fue extendiendo en la práctica sus incumbencias, más allá del espacio de la hacienda pública en sentido estricto.

Pueden hacer recomendaciones y sugerencias que logran ser de mucha utilidad para quienes están al servicio del bien común. "No pueden frenar licitaciones ni castigar a los funcionarios responsables de irregularidades, y sus informes, casi crípticos, apenas se conocen" (confr. Clarín 26.05.08 pág.14 nota de A. Gutierrez)²⁴

²⁴ Cit. en "CONTROL Y RESPONSABILIDAD EN LA ADMINISTRACION PUBLICA FINANCIERA" J.R.VANOSI



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17 S. O. R.
820



En el marco de los límites naturales del control externo-**que no participa de la gestión de los entes controlados**-debe analizarse críticamente porque los resultados del control externo en tal sentido y las acciones no son suficientes para evitar, prevenir y corregir en grado razonable las situaciones vinculadas al patrimonio público.

El control externo en las provincias argentinas está a cargo de los tribunales de cuentas, con excepción de Salta.

Con diverso alcance, las constituciones provinciales fijan la composición de éstos Organismos, el vínculo con las legislaturas y establecen las competencias, sin perjuicio de las leyes orgánicas dictadas en cada caso.

Algunos de ellos cuentan con facultades de control externo preventivo, por ej:

Catamarca:previo a la ejecución del acto administrativo que aprueba la contratación de operaciones de crédito público que derivan en endeudamiento público²⁵;

Córdoba:intervenir preventivamente en todos los actos administrativos que dispongan gastos en la forma y alcances que establezca la ley²⁶; intervención preventiva de los actos que se refieran a la administración de los organismos del Estado comprendidos en la ley de presupuesto general de la Provincia, de acuerdo a la intervención

²⁵Art.24° inc.27) y art.26° Ley Orgánica N° 4621.Art.50° Decreto Regl. De la L.A.F.N° 4938.

²⁶Art.27° de la Constitución Provincia de Córdoba



Gobierno de Entre Ríos

820



Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

previa que le reserva la Constitución Provincial²⁷;

Entre Ríos: el Tribunal tomará intervención preventiva a título de asesoramiento, cuando expresamente se lo requiera el Poder Ejecutivo sobre actuaciones, actos o decretos por los que se proyecta disponer, aprobar, modificar, suspender, rechazar, dejar sin efecto, anular o convalidar actos administrativos de: inc.1°)...2)...3)...²⁸.

Otros, sólo posterior como Buenos Aires, Mendoza, Santa Fé, San Luis, San Juan, Neuquén, etc.²⁹

Estos organismos tienen relevancia en el ejercicio de las facultades que suelen denominarse "jurisdiccionales", algunos instan ambos procedimientos, otros no.

Recuérdese que el procedimiento administrativo de responsabilidad tiene por objeto investigar el daño producido al patrimonio estatal. La figura del perjuicio fiscal constituye el eje de esta responsabilidad.

Tienen el examen de las rendiciones de cuentas-o estados contables- de quienes recaudan, intervienen, administran custodian, manejan o utilizan caudales públicos.

En definitiva, se debe reconocer que controlar al poder no es apoderarse de éste

²⁷Art19° Ley N°7630-Tribunal de Cuentas de Córdoba.

²⁸Art43° LeyN°5796

²⁹Terraf. El control externo en la Argentina, en Fortini-Ivanega(coordos).



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.590
820



sino prevenir, evaluar, sancionar e incluso, según el caso, responsabilizar, pero contribuyendo a mejorar; aunque no se conocen resultados contundentes sobre efectividad de los mecanismos vigentes para obtener el reintegro de los perjuicios fiscales ocasionados al patrimonio público.³⁰

Además, debe tenerse en cuenta que existe y debe clarificarse las características y funciones de las dos formas de control externo posible de la hacienda pública.

Así tenemos, los Tribunales de Cuentas, por su parte tienen independencia de los tres poderes y ejercen la mayoría el control en los aspectos formales, documentales, numéricos y legales, SIN ENTRAR AL CONTROL DE GESTION. Ejercen el CONTROL POSTERIOR DE GASTO.

La Auditoría General con dependencia directa del Poder Legislativo que entre sus funciones se encuentra la de control de gestión, o sea procurar eficiencia, eficacia y economía en el gasto. Ejerce CONTROL POSTERIOR AL GASTO.

La reforma constitucional de 1994 reafirmó criterios de control establecido en la Ley 24.156 de Administración Financiera de la Nación y confirmó su autarquía. El art. 85° de la Constitución Nacional expresa que "**el control externo del sector público nacional en sus aspectos patrimoniales, económicos, financieros y operativos, será una atribución**

³⁰ "El control público" M. Ivanega. Ed. RAP. Astrea. Pag. 157.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17 598

820



propia del Poder Legislativo..." "Tendrá a su cargo el control de legalidad, gestión y auditoría de toda la actividad de la administración pública centralizada y descentralizada..."

De tal manera, se crea el referido organismo "...de asistencia técnica del Congreso, con autonomía funcional..." pero sin poder jurisdiccional y con dependencia del Poder Legislativo.

3.-TRIBUNAL DE CUENTAS DE ENTRE RIOS

El art.143° de la Constitución reformada disponía en su parte pertinente, que"... la aprobación o desaprobación de la percepción e inversión de los caudales públicos, hecha por los funcionarios o administradores de la provincia y de las municipalidades estará a cargo de un Tribunal de Cuentas...", agregando que"Las sanciones que dieran lugar a los fallos de éste Tribunal serán deducidas por el Presidente del mismo ante quien corresponda".

Dicha Constitución instituyó como Órgano de Control Externo de la gestión económica, financiera y patrimonial de la hacienda pública provincial y municipal, a un Tribunal de Cuentas, con poder jurisdiccional propio.

Así tenemos, que la Ley N°5796 en el art.40° establece la competencia del Tribunal de Cuentas y dispone en el inc.1°-ejercer el contralor externo de la gestión financiera



Gobierno de Entre Ríos

820



Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

patrimonial de la Administración Pública Provincial y de las haciendas paraestatales.

El mismo artículo establece el inc. 5°- Fiscalizar la ejecución presupuestaria de los organismos de la administración, entes autárquicos y descentralizados, empresas del Estado, y haciendas paraestatales, por medio de auditores si fuere necesario y conveniente; en los casos de contralor preventivo, conforme a las disposiciones de los artículos 41° y 43° de la ley.

Dispone además el inc. 6°- **constituirse de oficio** como consecuencia de contralor externo o a requerimiento de los respectivos Poderes, en cualquier organismo del Estado y en las haciendas paraestatales.

Al respecto, resulta meridianamente clara la SECCIÓN TERCERA de la misma ley expresa que la intervención previa del Tribunal de Cuentas y la competencia en el acto administrativo, la que establece en el art. 42° de la ley que dispone respecto del Control Previo.

Corresponde al Tribunal de Cuentas **ejercer el control interno preventivo de la gestión financiera patrimonial de la Administración Pública, en el caso previsto en el art. 142° de la Constitución reformada en el año 2008.**

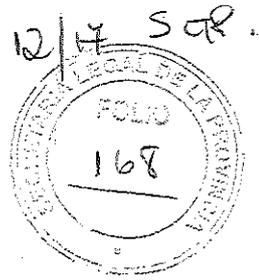
Por su parte, el art. 43° del mismo plexo legal en relación al requerimiento del control preventivo dispone, que el Tribunal tomará intervención preventiva a título de



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



asesoramiento, cuando expresamente se lo requiera el Poder Ejecutivo sobre actuaciones, actos o decretos por los que se proyecta disponer, aprobar, modificar, suspender, rechazar, dejar sin efecto, anular o convalidar actos administrativos de: inc.1º)...2)...3)...

Agrega además, **"Esta intervención del Tribunal lo será sin perjuicio de las funciones que por la Constitución y las Leyes especiales tienen la Contaduría General"**.

Debe apuntarse que en distintas ponencias se ha expuesto la necesidad de restituir al Tribunal de Cuentas las facultades del Juicio de Responsabilidad, que desde su instauración tuvo y que fuera suprimido por la Ley N°8.738 como así también incorporarlo en una sección especial para órganos de Control en la Constitución de Entre Ríos³¹.

La Convención Constituyente llevada a cabo en el año 2008, ha tratado el tema en la Comisión de Control del Estado, cuyas conclusiones han sido agrupadas en el Capítulo Órganos de Control.

De las Actas que se suscribieron en dicha Convención surgen distintas intervenciones de los señores convencionales que opinan sobre el control previo y la intervención del Tribunal de Cuentas y de la Contaduría General.

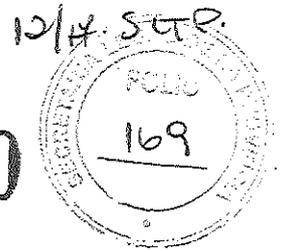
³¹VIII Congreso Provincial de Derecho. Reforma de la Constitución Provincial y Régimen Municipal. Comisión N°1. Ponencia Dr. Juan Antonio Llorens. Pub. Sitio Web Oficial del S.P.T.C.R.A.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



Así podemos citar el Acta N° 5 donde el convencional Reggiardo está de acuerdo en ampliar las facultades del tribunal "el control previo es importante y el hecho que pueda intervenir de oficio es bueno y también se podría obligar a intervenir en determinadas licitaciones puntuales que sean aconsejables..."

El Convencional Federik dice con respecto al Tribunal de Cuentas, que debe estar pensado como un capítulo dentro de la Constitución y sacarlo de la órbita del Poder Ejecutivo. Por otra parte el control debe ser previo y para actos de mayor entidad y dice que la ley debe señalar que es lo que debe estar controlado previamente por el Tribunal de Cuentas.

El Convencional Acharta propone un texto de redacción que "el control podrá hacerse en todas las contrataciones siendo obligatorio en las de mayor entidad."

Se evidencia a través de la lectura de las distintas Actas que fue una enorme preocupación de los señores Convencionales y se comprueba en las distintas Acta de Reunión que se han expresado diciendo que "En las contrataciones de alta significación económica el control deberá realizarse desde su origen..." y esto sin perjuicio del control posterior que deba realizar el Tribunal.

Es más, agregaron: "para que no ofrezca inconvenientes, dejemos a la ley que señale y que deslinde las respectivas competencias"



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

P/H.S.T.

820



del tribunal de Cuentas y de la Contaduría General. Pero fundamentalmente, y en esto, créame, señor Presidente, que trabajamos mucho el giro "contrataciones de alta significación económica".

El convencional Federik continúa informando a la Presidencia: "Me voy a permitir en citar al convencional Acharta que fue quien puso mayor empeño en buscar una fórmula que pudiera resolver esto porque no podíamos colocar en un texto constitucional una cifra determinada... Tuvimos que acudir al concepto, a la conceptualización de la alta significación económica y en todo caso que la ley señale, con la flexibilidad de las necesidades de los años venideros, cuando el Tribunal de Cuentas debe intervenir en estos casos de alta significación"³².

La Honorable Convención Constituyente sancionó con respecto al Tribunal de Cuentas: El Tribunal de Cuentas de la Provincia de Entre Ríos es un órgano de control externo con autonomía funcional y tiene a su cargo funciones las funciones que detalla el art. 213 Constitución Provincia. tales como:

"1° Resolver la percepción e inversión de los caudales públicos a cargo de los funcionarios y administradores de la Provincia, de las personas o entidades que

³²Orden del Día Reunión N° 10. Art. 143° Dictámenes de la Comisión de Control del Estado". Pág. 2439



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17. SAR.

820



manejen fondos públicos y de los municipios...".

"En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen, sin perjuicio de la verificación posterior correspondiente a la inversión de la renta. En estos supuestos la ley deslindará las competencias del Tribunal de Cuentas y de la Contaduría General"

"3°. Formular instrucciones y recomendaciones tendientes a prevenir o corregir cualquier irregularidad vinculada a los fondos públicos, sin que ello implique sustituir los criterios de oportunidad o merito que determinaron el gasto..."

De su ley orgánica no se infiere que esté habilitado para ejercer funciones jurisdiccionales judiciales, ya que su pronunciamiento era previo al de la justicia (art. 48° y 49° Ley 5.796) en todos aquellos caso de juzgamiento administrativo (art.49° in fine), sujetando a la recurribilidad jurisdiccional judicial sus decisiones.

Con la reforma introducida por la Ley N° 8.738 a los artículos 48° y 49° citados la responsabilidad de los funcionarios públicos será juzgada exclusivamente por los Jueces Civiles o de Instrucción según compete. Para ello examinará los supuestos en que tal responsabilidad pudiera tener lugar y remitirá sus conclusiones y antecedentes al Fiscal de Estado para que proceda en consecuencia.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.500

820



"Basta que el acto jurisdiccional administrativo sea revisable por vía judicial...para que el Poder Ejecutivo no incurra en la transgresión del precepto constitucional del art.95° C.N.³³.

Expresa el sexto párrafo del art.213° citado:"El Tribunal de Cuentas no ejerce funciones judiciales. Las resoluciones sobre las cuentas y las responsabilidades podrán ser apeladas ante el fuero contencioso administrativo, las que en estado y, en su caso, serán giradas a la Fiscalía de estado para su ejecución.."

Las razones expuestas, marcan conceptualmente la diferencia de la naturaleza jurídica de las funciones jurisdiccionales que cumple el citado cuerpo cuya naturaleza es administrativa, no judicial.

4.- NATURALEZA DE LA IV.-ACORDADA NUMERO DOSCIENTOS OHENTA Y CUATRO.AÑO DOSMIL DIECISEIS.

En Acuerdo Plenario del Órgano, el 18.10.16 se dicta la misma ante la necesidad de fortalecer los sistemas de control sobre las contrataciones de alta significación económica y se encuentra vigente desde el 01.11.16.

³³BIELSA RAFAEL, ActoJurisdiccional y Acto Judicial.L.L.T.104-pag.829. En la Constitución Nacional reformadaestaprohibición al Presidente de ejercerfuncionesjudicialesestáprevista en el art.109°



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.548
820
FOLIO
143
SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PROVINCIA

Basándose en lo prescripto por la Constitución Provincial en el art.213 inc.1° y según consta en sus considerandos donde hacen referencia al tiempo transcurrido y no habiéndose sancionado la ley que reglamente tal obligación ha considerado necesario dictar la normativa que les permita ese control.

Han interpretado el alcance del concepto esbozado por los convencionales y vertido en la Carta Magna, determinando desde cuando están sometidas a control del Organismo las contrataciones señaladas, quienes las realicen y los obligados a cumplir las disposiciones de la Acordada.

Indica el trámite que se debe cumplir obligatoriamente, bajo apercibimiento de aplicar lo prescripto en el inc.7° del art.44° de la ley 5796.

Se regula el procedimiento a partir del art.5°, destacándose que dicha intervención bajo ninguna circunstancia puede detener el procedimiento y que las observaciones y/o recomendaciones serán tenida en cuenta al efectuar el control posterior.

También se regula lo relativo a un proyecto de adjudicación a oferente que no cotizó menor precio, indica que el análisis será obligatorio, indicando la remisión de la documentación y las actuaciones en un plazo determinado.

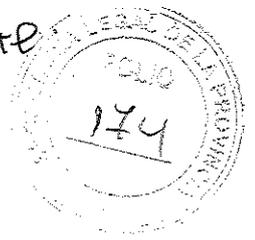


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.500

820



Ahora bien, resulta conveniente establecer que es una ACORDADA. En la esfera administrativa es una resolución de carácter administrativo dictada por las Cortes o Cámaras referidas a asuntos vinculados con su actividad y demás organismos judiciales que dependen de ellas.

Ninguna cuestión del derecho público puede ser examinada y resuelta si no se conocen bien los principios y los conceptos fundamentales.

Según la doctrina administrativa, paralelamente con lo contencioso administrativo general, existen órganos administrativos que ejercen funciones "jurisdiccionales o para-jurisdiccionales". Es el caso de las llamadas jurisdicciones contables: tribunales de cuentas, comisiones de cuentas-

Esta jurisdicción administrativa en derecho es distinta. "La Administración no es juez, ni sus poderes se han configurado a este objeto. No es admisible que por su intervención legal o convencional se altere el sistema constitucional y sus respectivas garantías".

El Tribunal de Cuentas constituye un órgano estatal cuya competencia y organización se encuentran atribuidas por la ley, a partir de pautas fijadas por la Constitución.

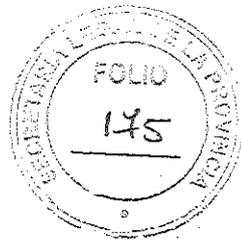


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4.549.

820



Es dable advertir que la Acordada de marras incluye incumbencias que exceden marcadamente a lo que constituye lo que, en organización contable, se denomina "control de gestión".

Los mismos considerandos que le anteceden reflejan los fundamentos de la norma, sin tener en cuenta que se está promoviendo en afectación de competencia otro órgano de control.

Llama la atención la norma que dispone apercibir y aplicar multas en los casos del art.4° de la misma Acordada en los casos de falta de respeto o desobediencia a las resoluciones del Tribunal de Cuentas, en relación con las cuales es juez y parte, sin apelación posible. ¿Qué ley castiga la falta de respeto?.

Veremos algunos fallos del Poder Judicial que han descalificado decisiones del Tribunal de Cuentas de la Nación.

Una sentencia lapidaria para la atribución del Tribunal de Cuentas de suspender efectos de actos administrativos (aunque no sean propiamente del Poder Ejecutivo). En el Fallo: "ALMAGRO Luis c. ESTADO NACIONAL" la Corte Suprema ha sentado jurisprudencia en el sentido de que la facultad conferida por el art.85 inc.a no es integrativa de la voluntad del ente administrador y que los actos



820



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

administrativos (de los poderes públicos) no se perfeccionan con la conformidad del Tribunal de Cuentas, destacando que otorgar otra inteligencia a dicho artículo sería subordinar al Poder Administrador a un órgano de contralor que carece de jerarquía como la tienen los tres Poderes del Estado-convirtiéndolo superior a él; ello alteraría la estructura de los poderes de la Constitución Nacional, lo que resulta inadmisibile³⁴.

En numerosos dictámenes la Procuración del Tesoro, el máximo asesor jurídico del Poder Ejecutivo Nacional ha sostenido concepto concordante con lo antes expuesto.

Dice así: " Con relación a la competencia del Tribunal de Cuentas de la Nación, ésta Procuración ha sostenido reiteradamente que el área de competencia específica del Tribunal de Cuentas de la Nación no es jurídica sino financiera patrimonial y por ende, el control y vigilancia de todas las operaciones de esa índole que realice el Estado"³⁵.

Es del caso advertir que la facultad que se ha arrogado el Tribunal de Cuentas al dictar la Acordada debió ejercerse con extrema cautela, máxime en los casos en que

³⁴Almagro Luis A. c.Estado Nacional.26.2.82 Rev.La ley T.1982-D.468.Fallos :t 304, pág.192.Cit.por OTTONELO, Néstor J."Las atribuciones del Tribunal de Cuentas de la Nación.La Ley 1990-C 1090.Cita On line AR/DOC/12506/2001.

³⁵Remite a sus dictámenes .26 pag.497; t.96, pág 257; t.129 pág. 475; t.168 pág.237.



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



la cuestión a resolver sea estrictamente jurídica.

Bien está mencionar que, a los efectos de instaurar ese control para las contrataciones de alta significación económica, no se haya consultado al otro Organismo que menciona la Constitución, cual es la Contaduría General a los fines de propiciar el dictado de la norma por el Poder Legislativo.

Resulta inexplicable que se haya omitido la participación de la misma, ni se hace la mención de razones, antecedentes o fundamentos que justificaran la falta de participación de éste órgano, todo ello como elementos fácticos y/o jurídicos de la motivación expuesta en los considerandos de la norma.

Los considerandos reflejan bien claro que el Tribunal de Cuentas ni tan siquiera ha compatibilizado con el órgano de control interno y rector del sistema de contabilidad para dictar la Acordada, haciendo caso omiso de una manda constitucional que impone el dictado de una ley para el caso concreto.

Se ha sostenido inveteradamente que todo "tribunal", por el solo hecho de llevar ese nombre, no puede prescindir en su actividad de lo jurídico; en él se analizan siempre relaciones, derechos y obligaciones y, por consiguiente en el presente caso ha padecido de la omisión y respeto a la norma



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4.500
820 178

constitucional que impone una ley para deslindar competencias en el caso de las contrataciones de relevante significación económica. que justifica la emisión del acto.-

La competencia aparece siempre como un elemento esencial del acto administrativo que constituye la primera condición de validez del mismo (cnf. Sarria Felix, Derecho Administrativo, ed.rev. y aum., Alesandri, Buenos Aires, 1961, pag. 130) y concebida como el conjunto de poderes, facultades y atribuciones que el ordenamiento jurídico le atribuye a un órgano y ente estatal, (Comadira Julio, el Acto Administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, La Ley, Buenos Aires, 2003, pag 25), es decir que ella siempre exige de una habilitación normativa, entonces, el vicio en tal elemento (flagrante en nuestro caso) es el primero de todos los defectos de la decisión y el tronco común de todos ellos. (García de Enterría, Eduardi - Fernández Tomás R. Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, 2ª reimp., Civitas, Madrid,, 1978, pag.585) citados por Alfonso Buteler, Derecho Administrativo Argentino, Tomo I, pag.315, Buenos Aires, La Ley, 2016.-

IV.- ACORDADA N° 284/2016 TRIBUNAL DE CUENTAS DE ENTRE RÍOS

En principio corresponde analizar si la Acordada del Tribunal de Cuentas es, al decir



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4.500
820
FOLIO 179
SECRETARÍA LEGAL DE LA PROVINCIA

de Marienhoff ³⁶ pág. 223, "un acto de administración" cuya eficacia como acto se agota en lo interno de la Administración Pública, no regulando ni disciplinando relaciones de terceros y, que se diferencia netamente del "acto Administrativo" por que proyecta sus efectos hacia lo externo de la Administración Pública y tiende a regular o disciplinar las relaciones con los administrados.

Por definición, acto de administración es toda disposición emitida por la Administración Pública tendiente a regular su propia organización o funcionamiento, correspondiendo a la "actividad interna" de la misma, agotando su eficacia en el ámbito administrativo estrictamente, siendo sus destinatarios los funcionarios y empleados públicos, no los administrados o personas particulares.

El órgano emisor hace uso de diversos instrumentos jurídicos: instrucciones, circulares, reglamentos internos, o como es el caso, acordadas.

Ahora bien, su naturaleza jurídica esta discutida. Algunos autores niegan que tales actos sean actos jurídicos, pero la mayoría de la doctrina, entre ellos Marienhoff ³⁷les reconoce tal carácter. Ello así por cuanto

³⁶Marienhoff, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo" T II pág. 223 (Ed. Abeledo Perrot)

³⁷Marienhoff, M. ob cit. T I I pág. 676



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17/54P.

820



aunque los actos de la administración aunque agoten su eficacia en el ámbito interno de la Administración Pública, los efectos de tales actos, dentro de ese ámbito también son jurídicos porque caen bajo la acción del derecho.

Corresponde además establecer si en los supuesto de la actividad interna y externa, reglada y discrecional, colegial, de contralor, consultiva de la Administración Pública puede concretarse o no en actos administrativos.

La actividad interna de carácter general u ordinario (reglamentos internos, instrucciones, circulares) es decir una actividad interorgánica, o sea la que traduce las relaciones entre organismos administrativos carentes de personalidad,³⁸ en principio no se concreta en actos administrativos, sino en actos de administración cuyo efecto se agota en el ámbito de la propia administración.

Sin embargo, los actos que se concretan relaciones interorgánicas no obstante que estas se desarrollan dentro de la esfera interna de la Administración Pública, de acuerdo a la doctrina prevaleciente tienen valor y substancia de "actos administrativos".

³⁸ Marienhoff, M. ob cit. T II pág.251



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4 548.
820

181.

Marienhoff señala ³⁹ que entre las relaciones interadministrativas y las interorganicas hay una diferencia fundamental. Las primeras se traban entre sujetos de derecho (por principio general entre entidades autárquicas), las interorganicas no se traban entre personas o sujetos de derecho, sino entre meros organismos o reparticiones administrativos o entre órganos de una misma persona publica estatal. Como consecuencia los actos en que se concretan las interadministrativas corresponden a la actividad externa de la Administración y las interorganicas se traducen en actos de la actividad interna.

El régimen jurídico aplicable a los actos de relaciones administrativas de la actividad externa son sin duda alguna administrativos. Pero aquellos que devienen de relaciones interorganicas es dudosa, por cuanto los vínculos jurídicos solo pueden establecerse entre sujetos de derechos, carácter que no revisten los organismos u órganos de la Administración. Para cierta parte de la doctrina y tratándose de una actividad interna por no afectar intereses de terceros y agotar su eficacia dentro de la organización interna son actos de la Administración.

Sin embargo, Marienhoff no comparte esta posición atento si bien las relaciones interorganicas no son jurídicas respecto al

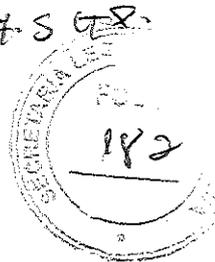
³⁹Marienhoff, M. ob cit. T I pág. 133



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17/88
820



ordenamiento general del Estado, si lo son dentro del ordenamiento interno a que pertenecen las respectivas instituciones. En consecuencia los actos que concretan son actos administrativos.⁴⁰

Agrega que no se puede hablar de contienda, litis en materia de relaciones interorganicas, pues para ello, faltaría algo esencial: la personalidad de alguno o ambos organismos, solo puede hablarse de gestiones" de carácter administrativo interno⁴¹.

Por su parte, dentro la actividad colegida de la administración, las decisiones de los órganos colegiados -como sucede en el caso con el Tribunal de Cuentas- constituyen "actos administrativos", por excepción dichas decisiones son actos de la administración, cuando sus efectos se concreten en el ámbito de la propia Administración⁴².

En conclusión, tratándose la Acordada de un acto del Tribunal de Cuentas, sea o no en rigor un acto administrativo, es un acto jurídico dentro de aquel ámbito y le son aplicables en general los principios propios que rigen para los actos administrativos, pues en la especie se trataría de *principios generales* que surgen del propio "derecho administrativo".⁴³

⁴⁰ Marienhoff, M. ob cit. T II pág. 134

⁴¹ Marienhoff, M. ob cit. T II pág. 139

⁴² Marienhoff, M. ob cit. T II pág. 254

⁴³ Marienhoff M. ob cit. T II pag. 677



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17-5UP
820



V.- ANALISIS DE LA ACORDADA COMO ACTO ADMINISTRATIVO

La validez de la acordada, como acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos requisitos esenciales o elementos, los cuales deben concurrir simultáneamente en la forma requerida por el ordenamiento jurídico. Estando reunidos dichos elementos simultáneamente el acto es perfecto, valido y eficaz, de lo contrario, la falta de concurrencia de los requisitos pertinentes, resultarán posibles vicios que pueden afectar al acto.

La legalidad es un requisito que rige genéricamente a todos y cualquiera de los elemento del acto, sea cual fuere su denominación o naturaleza porque todos deben estar de acuerdo con la regla de derecho⁴⁴.

Sin embargo la Acordada como lo detallaré seguidamente no resulta conforme a la norma constitucional del art. 213 inciso 1 que expresamente dispone como función del Tribunal de Cuentas "...En las contrataciones de alta significación económica, el control deberá realizarse desde su origen, sin perjuicio de la verificación posterior correspondiente a la inversión de la renta. En estos supuestos la ley deslindará las competencias del Tribunal de Cuentas y de la

⁴⁴ Marienhoff M. ob cit. T II pag. 280



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/7 500
820



Contaduría." Es decir que la Constitución Provincial ordena la sanción de una ley que defina a las contrataciones de alta significación económica y otorgue la debida competencia del control previo al Tribunal de Cuentas, resultado la Acordada dictada a todas luces nula, de nulidad absoluta

I) El análisis de la Acordada N° 284/16 me permite concluir que el sujeto requerido como primer elemento de la misma se encontraría viciado. Ello por cuanto el Tribunal de Cuentas resulta incompetente para emitir dicha Acordada con el objeto de definir el concepto de "contrataciones de alta significación económica", disponer el alcance y oportunidad, procedimiento de este control, establecer el criterio para determinar su propia intervención conforme a los montos de las contrataciones según se trate de bienes y servicios o de obras públicas. Reitero el órgano competente al cual la Constitución le delegó la competencia para ello es el Poder Legislativo.

Por lo tanto, la Acordada está viciada de nulidad absoluta por incompetencia manifiesta del órgano emisor de ese acto, ya que lo dicta en ejercicio de una función que no le corresponde y no la tiene atribuida; mas aun, la ley suprema de la provincia inviste y ordena a la legislatura tal tarea. Sabido es en derecho administrativo, la consecuencia que acarrea lo conocido como "la violación de la jerarquía de los actos" ya que



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.500
820



imposibilitado ningún acto de vulnerar lo establecido por otra de mayor jerarquía, su consecuencia es la nulidad absoluta.-

II) Por otra parte la causa de la Acordada, entendiendo por tal a los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que llevaron a dictarla⁴⁵, en mi opinión se hallaría viciada.

En efecto, la "valoración subjetiva" que realizó el Tribunal de Cuentas para emitir el acto resulta evidentemente insuficiente y carente de toda fundamentación. Así el considerando de la Acordada en crisis, no fundamenta la conveniencia de "...Establecer un sistema de control integral partiendo del análisis del proyecto de pliego de la contratación a efectuar.", como expresa el primer párrafo de su considerando.

Tampoco brinda los argumentos que justifiquen y el criterio adoptado para definir a las contrataciones de alta significación económica según los montos de las mismas supere los topes ministeriales para licitaciones públicas. Va de suyo que dada la importancia de tal definición, su determinación requiere una fundamentación con una solidez incuestionable. Mas aun, si se desea dicta una norma perdurable, deberá la legislatura establecer un sistema de readecuación conforme transcurra el tiempo u ordenarlo a través de su delegación.-

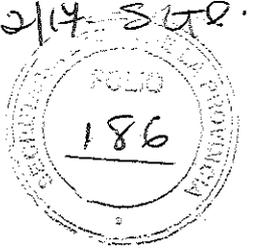
⁴⁵ Marienhoff M. ob cit. T II pag. 298



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14-300.
820



Cabe resaltar que el considerando solamente fundamenta el acto en el transcurrir del tiempo desde la promulgación de la Constitución sin haberse dictado una ley que reglamente el art. 213 inciso 1, como si ello le abrogaría competencia para realizarlo el Tribunal cuando la Constitución dispuso la necesidad de que fuera una ley.

Siguiendo a Marienhoff destaco que lo que prevalece son los mencionados antecedentes o circunstancias de hecho y de derecho y no la voluntad del sujeto, su apreciación subjetiva.⁴⁶

III) Con respecto al objeto del acto entendido como contenido del mismo, la doctrina afirma que debe reunir los requisitos de certeza, licitud, posibilidad física.

El contenido de la Acordada bajo análisis que define a las contrataciones de alta significación económica según los montos de su presupuesto oficial y dispone el alcance, los procedimientos del control del Tribunal y, las responsabilidades de los funcionarios en caso de incumplimiento, es groseramente inconstitucional, por cuanto se opone palmariamente a lo ordenado por la Constitución de la Provincia.

IV) La finalidad, en cuanto elemento esencial del acto, debe estar siempre de

⁴⁶⁴⁶ Marienhoff M. ob cit. T II pag. 300



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17 SUR
820



acuerdo con el interés público. Ella expresa porqué se desea obtener un determinado objeto, constituye la razón que justifica la emisión del acto, actuando teleológicamente.⁴⁷

La finalidad debe ser la prevista por la norma para actos del respectivo objeto o contenido. Además de ser una finalidad verdadera, no encubierta, ni falsa ni distinta a la correspondiente al objeto o contenido del acto.

Siguiendo tal razonamiento, el objeto de la Acordada no tuvo en cuenta satisfacer el interés público que tuvieron los constituyentes al disponer el control previo de las contrataciones que realizara el Poder Ejecutivo, deslindando **previamente** mediante una ley las funciones de la Contaduría y el Tribunal de Cuentas.

Por consiguiente habría un vicio de desviación de poder que vicia a la Acordada. "La actuación permanente de la Administración Pública para satisfacer dicho interés - publico- constituye un principio fundamental, que en el Estado de Derecho se impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico."⁴⁸

Ahora bien pasando a los caracteres que debe tener la acordada como todo acto administrativo, me referiré a la presunción

⁴⁷ Marienhoff M. ob cit. T II pag 348

⁴⁸ Marienhoff M. ob cit. T II pag 348



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17. S. GP.
820



de legitimidad y la ejecutoriedad, surgiendo de su conjunción la posibilidad jurídica de que el acto sea puesto en práctica.

De la presunción de legitimidad del acto derivan entre otras consecuencias, que su nulidad no puede declararse de oficio por los jueces atento violaría el principio de separación de poderes, por lo tanto, el acto inicialmente ilegítimo contrario en este caso al régimen constitucional, puede ser extinguido por la propia Administración Pública mediante revocación por ilegitimidad.

Reitero, conforme lo expuesto ut supra la Acordada no es válida, atento no se corresponde con la exigencias constitucional ordenada por el último párrafo del art.213 inc.1, que exige la necesidad de una ley.

Al decir de Cassagne⁴⁹ la presunción de legitimidad cede frente a la presencia de una ilegitimidad manifiesta. En esta situación desaparece el deber del administrado de cumplir el acto, siempre que la ilegalidad o arbitrariedad aparezcan en forma patente y notoria y sin necesidad de una investigación de hecho.

Por otra parte y a fin de la ejecutoriedad de la Acordada, ésta debió ser perfecta, es decir válida y eficaz.

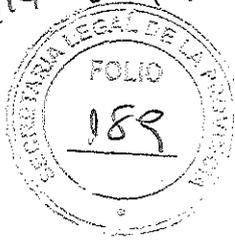
⁴⁹Cassagne, Juan Carlos "Curso de Derecho Administrativo, 11ª edición actualizada" T I pág. 715 (Editorial La Ley, 2016)



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17 840
820



Como ya se expresó, atento los vicios que ostenta la Acordada, esta no es ejecutoria porque es inaplicable.⁵⁰

La Acordada, como acto administrativo está afectado de nulidad absoluta y manifiesta, carece de presunción de legitimidad sin que pueda promoverse su ejecución ni su ejecutoriedad.

Siguiendo a Cassagne señalo que la nulidad manifiesta se configura cuando el vicio que porta el acto administrativo, surge en forma patente y notoria del mismo, sin necesidad de que deba realizarse una investigación de hecho para comprobar su existencia.⁵¹

Del mismo modo Dromi afirma que el acto administrativo de nulidad insanable es aquel que se encuentre afectado esencialmente en la regularidad de sus requisitos: competencia, voluntad, objeto, finalidad, etc. no se lo puede presumir legítimo.⁵²

La jurisprudencia por su parte en el leading case "Los Lagos S.A. Ganadera c/Gobierno Nacional ha entendido con un criterio restrictivo semejante al Código Civil, que la presunción de legitimidad solo favorece a los actos válidos y a los actos anulables, no así a los nulós absolutos.

⁵⁰ T II pag. 381

⁵¹ Cassagne, ob. Cit, T I pág. 721

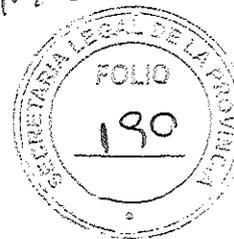
⁵² Dromi Roberto "Derecho Administrativo", pag 260



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

820



Cón posterioridad, tanto la Administración (PTN, Dictámenes 91:364) como la justicia (CSJN "Acuña Hnos" Fallos 252:39, "Pustelnik Fallos, 293:133) han comenzado a admitir la no exigibilidad de los actos nulos absolutamente, con vicio "evidente", "patente", "manifiesto". Y, la principal consecuencia que se desprende la jurisprudencia de la Corte elaborada en torno a la acción de amparo (en cuanto a la principal consecuencia elaborada en torno a la acción de amparo es el abandono del criterio sentado en el caso "Los Lagos" al restringir los alcances de la presunción de legitimidad del acto administrativo, ya que la exigencia de efectuar una investigación de hecho para que el órgano judicial pueda disponer la extinción de un acto administrativo, resulta ahora inaplicable en virtud precisamente de que uno de los requisitos que condicionan la procedencia del amparo es la ilegalidad manifiesta "cuya declaración excluye la posibilidad de realizar una investigación de hecho bastando la metra comprobación de que la nulidad surge del acto mismo.

En conclusión los actos administrativos que adolecen de vicios manifiestos carecen de presunción de legitimidad, circunstancia que, como se verá más adelante, incide de modo determinante en la suspensión de la ejecución y efectos del acto en sede administrativo, con respecto a la posibilidad de que la



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.5 SEP
820
SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA DE LA PROVINCIA
FOLIO
191

Administración disponga la extinción de un acto que adolece de nulidad absoluta.

Las consecuencias de admitir la presunción de legitimidad en forma amplia e ilimitada son graves⁵³ porque al decir de Dromi ello significa dificultar la efectiva vigencia de los derechos individuales y en el caso de sostenerla para la Acordada en crisis es proteger la arbitrariedad administrativa y facilitar el exceso de poder.

Por esa razón el autor citado y entre los efectos de dicha presunción, es la inestabilidad del acto nulo absoluto por cuanto es irregular, no goza de presunción de legitimidad, no tiene estabilidad. Mas aún, entiende incuestionable el derecho del administrado a desobedecer un acto manifiestamente nulo o inexistente.

VI.- NO APLICACIÓN O SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO (ACORDADA)

Prima facie resalto que conforme los argumentos expuestos la Acordada en crisis carece de eficacia, atento se trata de un acto irregular, nulo de nulidad absoluta.

En tal caso, la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, en el art. 12 admite la suspensión del acto prohibiendo su ejecución, entre otros casos, cuando su alega

⁵³ Dormí Roberto, ob.cit. pág.262



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17-540

820



una ilegalidad manifiesta, todo ello en virtud de que los actos con tales vicios hay que presumirlos ilegítimos. Dromi entiende que el deber imperativo de suspensión y revocación se impone en todos los casos de nulidad absoluta, pues si la Administración debe hacer lo mas (revocar, art. 17) por que no puede hacer lo menos (suspender, art. 12 in fine), lo contrario es ilógico y no guarda armonia con el plenitud del ordenamiento jurídico.⁵⁴

En nuestro ordenamiento jurídico provincial carecemos de alguna disposición que se refiera a la suspensión de la ejecución de un acto administrativo. No obstante entiendo que la Administración puede disponer igualmente la suspensión en defensa de la legalidad objetiva, en tutela de derechos subjetivos, por razones de interés publico, o cuando al acto lo afectan vicios graves -nulidad absoluta, nulidad manifiesta, inexistencia- como en el presente supuesto. Esto quiebra la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad.

Marienhoff afirma que la suspensión por si misma es un procedimiento de control *stricto sensu*, si bien con alcance limitados. Así, evita la ejecución de un acto dañoso o ilegal, para dar lugar a que la situación sea después debidamente analizada, es un procedimiento de obvia juridicidad y de

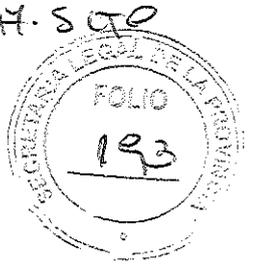
⁵⁴ Dromi, Roberto ob. cit. pág.262



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/11.590
820



suficiente contenido para erigirse en especie autónoma de control⁵⁵.

Ahora bien por afectar el principio de ejecutoriedad del acto administrativo, la suspensión solo procede excepcionalmente, en los casos de "daño" y/o de "ilegalidad". Ambos no son excluyentes entre sí, al contrario, ambos pueden aplicarse simultáneamente, cuando el acto es ilegal y además generador de perjuicios, como demostrare que sucede con la Acordada del Tribunal de Cuentas.

Respecto a la ilegalidad para fundamentar la suspensión del acto, ésta debe ser "manifiesta", que surja del propio acto, tal como lo invocó la Corte Suprema de Justicia de la Nación como fundamento para expedirse en cuestiones sobre suspensión de actos administrativos. ("Fallos", tomo 253 pags. 15 y 18 considerando 3º)⁵⁶. Comprobada la ilegalidad, correspondería la suspensión del acto, pues dicha ilegalidad quiebra la ejecutoriedad del acto, que es una consecuencia de la presunción de legitimidad que asiste a todo acto administrativo.

Con claridad, Hutchinson, contribuyendo a la delimitación conceptual de tal noción, destaca correctamente la diferencia entre nulidad manifiesta y no manifiesta. La primera se presenta en aquellos casos en que

⁵⁵ Marienhoff M. ob cit. T I pág. 679

⁵⁶ Marienhoff M. ob cit. T I, pag. 293



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/14.540.

820



el vicio que afecta el acto administrativo surge patente y notoriamente de él, requiriéndose solamente la comprobación del hecho para constatar su existencia (cnfr. Hutchinson Tomas, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, ley 19549 Comentada, Anotada y Concordada con las Normas Provinciales, T.I, pag.306).- También Mairal Héctor, (Control Judicial de la Administración Pública, T.II, pags.810 y sgts), expresa que esta clasificación de las nulidades administrativas se encuentra reservada a aquellos supuestos en que la irregularidad del acto puede visualizarse de manera patente o clara, en la decisión administrativa, y no a la gravedad de la infracción al ordenamiento jurídico.-

Sigue afirmando la doctrina, que la comprobación de la ilegalidad manifiesta está al alcance de cualquiera que conozca los respectivos principios de derecho aplicables, tal como ocurre en el presente supuesto, por cuanto la Constitución de la Provincia dispone la sanción de una ley de la Legislatura que determine el alcance del concepto de alta significación económica y deslinde la funciones entre la Contaduría General y el Tribunal de Cuentas.

La suspensión de la Acordada por su inconstitucionalidad manifiesta, no tiene límite alguno, es absoluta. Demostrada la ilegalidad procede la suspensión. En un Estado de Derecho es inconcebible que la

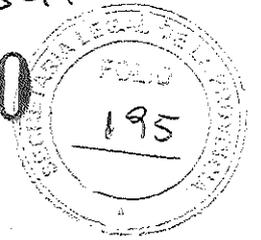


Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17. SUP.

820



Administración Pública actúe al margen de la legalidad, pues su actividad es siempre *sucundum legem*.⁵⁷

Como corolario se puede afirmar sin hesitar que suspender o no aplicar la Acordada de mención es un deber jurídico de la Administración. La mayoría de la doctrina así lo entiende, expresando que si bien el Poder Ejecutivo no puede declarar la inconstitucionalidad de la ley (resulta de total obviedad su aplicación en un acto de significativa menor jerarquía) puede abstenerse aplicarla cuando la juzgue manifiestamente inconstitucional.- (cnfr. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, T.1, Pag.397; Dictámenes de la Procuración del Tesoro Nacional, Tomo 84, Pag.102; y Humberto Quiroga Lavié, Derecho Constitucional, Pag. 478).- Poder - Deber de Incumplir las Normas Inconstitucionales. Opinión de Nagib Slaibi Filho.- Acao Declaratória de Constitucionalidade, Pag. 61 y sgts.-. Río de Janeiro, 1994 "...Para el Magistrado y Profesor brasileño existe un control administrativo sobre la constitucionalidad de la leyes.- El administrador puede y debe incumplir las normas genéricas y abstractas, aunque sean emanadas del Poder Legislativo, en tanto contravengan preceptos constitucionales.- En igual sentido, el egregio constitucionalista Carlos Maximiliano sostuvo que cualquier aplicador de la norma positiva, ya sea judicial o administrativo, y

⁵⁷ Marienhoff M. ob cit. T I pág.684



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

cualquier otra autoridad tienen el deber (el resalto me pertenece) de desaplicar las normas ordinarias en cuanto estén en flagrante colisión con la ley fundamental..." Cesar Enrique Romero, Derecho Constitucional, Tomo 1, pag 236, afirma que "...las disposiciones normativas deben ser dictadas de acuerdo a la Constitución, so pena de que su obligatoriedad pueda enervarse... en decisiones de la propia Administración toda vez que es un imperativo elemental de todos los funcionarios aplicar en primer lugar la Constitución y como su consecuencia deviene la preterición de la norma antinómica...."- Julio Rodolfo Comadira.- La Posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional, Revista de Derecho Administrativo, N°1, pag.151 y sgts. Buenos Aires- 1989.- "...Debe reconocerse al Poder Ejecutivo la potestad de no aplicar o no ejecutar las leyes (el resalto me pertenece) respecto de las cuales existan razones suficientes como para considerar, fundadamente, que son inconstitucionales.- German Bidart Campos, Derecho Constitucional, T.1, pag.271 - Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo 1, pag.102.- La Interpretación y el Control constitucionales en la Jurisdicción Constitucional, pag. 173 y sgts. "...Todo órgano del estado, excepto el Poder Judicial, debe aplicar el orden normativo tal cual le es dado, sin poder desaplicarlo; en especial la Administración, está obligada a respetar, a cumplir, y a hacer cumplir la



820



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

Constitución.- Al aplicar la ley, la Administración no tiene competencia de controlar su constitucionalidad.- Pero si la ley es notoriamente inconstitucional, no debe ser aplicada por la Administración; (el resalto me pertenece) así como la orden inconstitucional, fundada o no en ley, debe ser desobedecida..." .-

Es así entonces, señor Gobernador, sin pretender iterar lo expresado supra, si la doctrina y la jurisprudencia lo autoriza y prácticamente lo constriñe como deber jurídico a no aplicar una ley cuando evidencia una nulidad absoluta y manifiesta, por ser groseramente inconstitucional; en este caso, se agrava el vicio cuando tratase de un acto administrativo de marcada inferior jerarquía (discutido en doctrina si posee tal calidad una acordada) que ha ido mucho más allá de su competencia. En efecto, nuestra Constitución incorpora la intervención de la Contaduría General y el Tribunal de Cuentas en los procedimientos públicos de Alta Significación Económica, pero ordenando a la legislatura a través de una ley establecer cuando una contratación adquiere tal carácter y a su vez determinar cuales serán para los dos organismos de contralor sus respectivas competencias. Es así que el Tribunal de Cuentas, al dictar la acordada de marras arrojándose una facultad que la Constitución de nuestra provincia reservó clara y específicamente al Poder Legislativo, fulmina



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/4.54P.

820



de nulidad la insanable decisión del órgano de mención.-

Por lo demás, no puedo soslayar el hecho de que dado el tiempo transcurrido, debe convocar a los ministerios que corresponda para que diligentemente elaboren un proyecto de ley que contemple y delimite las facultades de los organismos de contralor previo y posterior del gasto público, como también definir con precisión que debe entenderse por contrataciones de alta significación económica.- A tal fin, creo conveniente conceptuar que tal calificación no puede comprender los contrataciones normales y habituales de bienes y servicios, arquitectura e ingeniería, sino las que por su trascendencia e importancia excepcionalmente se recurre, por ejemplo, al financiamiento externo.-

VI.- COLOFON.-

Por todo lo expuesto, señor Gobernador, opino que debe dictar el correspondiente decreto que disponga:

1º) Por los argumentos expresados mas arriba, dejar sin efecto el decreto 2789/16 ordenando proseguir con el procedimiento licitatorio suspendido y abonar al adjudicatario del procedimiento público de selección la suma adeudada con más los intereses correspondientes por la mercadería entregada.-



Gobierno de Entre Ríos

Secretaría Legal y Técnica
de la Provincia

12/17.547

820



2º) Por los sólidos fundamentos expuestos, la no aplicación de la acordada en toda la administración central, organismos descentralizados, autárquicos, empresas y sociedades del estado.-

3º) Instruir al Ministerio de Economía y al Ministerio de Gobierno para que en el más breve lapso de tiempo posible remitanle un proyecto de ley que contemple y precise cuando una contratación del estado cae dentro del concepto de alta significación económica, como también atribuyendo sus respectivas competencias a cada uno de los órganos de control.-

PARANA, 11 DE ABRIL DE 2017.-


JOSE GERVASIO LAPORTE
SECRETARIO
SECRETARIA LEGAL Y TECNICA DE LA
PROVINCIA DE ENTRE RIOS