DICTAMEN N° 180/20

REF: Expte E6-2019-11774-E S/Reconocimiento de Deuda a la firma LX Argentina S.A

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JORGE PABLO ALEGRE

A: SUBSECRETARIA DE COORDINACIÓN FINANCIERA Y PRESUPUESTARIA
MINISTERIO DE SALUD PUBLICA
CRA. M. LAURA FARELA

De mi consideración:

Acceden nuevamente a consulta de este organismo asesor para conocimiento e intervención respecto del pago correspondiente al servicio de limpieza prestado por la Empresa LX Argentina S.A en el Hospital Pediátrico "Dr. Avelino Castelán", correspondiente al periodo 01/08/2019 al 31/08/2019, luego de haber dado cumplimiento a las observaciones formuladas por Providencia Nº 162/2020 AGG (fs. 43/44).

I.- Las actuaciones se originaron a raíz de la presentación de fojas 1, mediante la cual la firma LX Argentina S.A eleva para el pago la Factura "B" Nº 0002-00007130 y Remito Nº 0002-00075878 por servicio mensual de limpieza del Hospital Pediátrico por el periodo agosto 2019 por la suma de Pesos seiscientos catorce mil novecientos ($614.900,00), las cuales fueron reemplazadas por la empresa a fs. 28/29, dado que en las primeras se consignó erróneamente que correspondían a la Licitación Privada Nº 06407-OC 7005, manteniendo estas el mismo número.

A fs. 20 obra informe de factibilidad presupuestaria del Departamento de Planificación y Presupuesto- Unidad de Planificación Sectorial del Ministerio de Salud Pública.

A fs. 23 el Director del Hospital Pediátrico, por nota solicita a Lx Argentina S.A la continuidad del servicio atento al grave perjuicio que ocasionaría el corte intempestivo de la prestación y a fs. 24 la firma manifiesta su aceptación para la realización del servicio de limpieza acordado.

COPIA DIGITAL

A fs. 33/34, la Unidad de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud Pública advierte que no existe contrato de ninguna naturaleza con la empresa, aunque aprecia un intercambio de voluntades del apoderado con la dirección del hospital. Asimismo, advierte que ha asistido una prestación de servicio por parte de LX Argentina que, prima facie existiría un crédito a favor de la empresa reclamante; por ello considera, que esa situación debería encuadrarse en la figura del legítimo abono; habiéndose acreditado la prestación de servicios por parte de la firma LX Argentina; y sugiere arbitrar los mecanismos tendientes al pago por los servicios prestados por la empresa, previa intervención del organismo auditor de ese ministerio.

Consecuentemente sugiere iniciar información sumaria en el ámbito del área legal del Hospital Pediátrico, y en su caso remitir informe a Fiscalía de Investigaciones Administrativas, Tribunal de Cuentas y Dirección de Sumarios de la Provincia a fin de esclarecer los motivos que dieron lugar a la omisión del procedimiento regulado por el régimen de contrataciones del Estado Ley 1092-A.

A fs. 36 la auditoría Interna del Ministerio de salud opina respecto a la certificación por la prestación del servicio, que al estar la factura debidamente certificada por autoridad superior del nosocomio presuponen, prima facie, la prestación del servicio por parte de la empresa en cuestión.

A fs. 39 obra intervención de la Dirección de Administración del Ministerio de Salud Pública.

A fs. 40 la Contaduría General de la Provincia opina que se deberá emitir acto administrativo con el respectivo encuadre legal a los efectos de la cancelación del gasto, dándose previa intervención a la Subsecretaria de Presupuesto y luego a la Subsecretaria de Hacienda (art. 9 Decreto 211/2020) sin apreciaciones técnicas que formular.

A fs. 48 obra Nota 1057 de fecha 22 de mayo de 2020, por medio de la cual del director del nosocomio manifestó que el servicio de limpieza fue efectivamente brindado por la firma en cuestión en el espacio temporal detallado, de acuerdo a las especificaciones técnicas requeridas por el hospital, como así también refiere carecer de potestad para determinar la razonabilidad del precio. A fs. 49/51 adjunta fotocopia certificada de Nota Nº 1029 de fecha 15 de mayo 2020, relatando lo sucedido respecto al llamado a licitación

COPIA DIGITAL

por el periodo de 12 meses para el servicio de limpieza del hospital del cual se desprende:

1) Llamado a licitación por Decreto Nº 2232 de fecha 12/06/2019 lo que motivó la licitación pública Nº 56/19.

2) Por Decreto Nº 3707 de fecha 07/10/19 se adjudicó la referida licitación a la firma LX Argentina S.A confeccionándose la Orden de Compra Nº 115/19.

3) La mencionada firma manifiesta el "NO" sostenimiento de la oferta.

4) Por tal motivo por Decreto Nº 4413 de fecha 13/11/19 se deja sin efecto la mencionada O.C, se declara desierto el renglón 1 de la licitación y se autoriza la contratación directa de acuerdo al art. 133 inc. c) de la Ley 1092-A.

5) Se inicia A. S Nº E6-2019-33989-A por la cual se realiza la apertura de la Contratación Directa Nº 7363/19 (amparado por Decreto Nº 4413/19) en fecha 03/01/2020, recibiéndose 2 ofertas: Álvarez Gauna José Ricardo y LX Argentina S.A.

6) En fecha 05/05/2020 se elevan los antecedentes al Hospital para "conocimiento, intervención y pre adjudicación" junto con la nota de Álvarez Gauna José Ricardo (de fecha 15/04/2020) manifestando sostenimiento de la oferta realizada. Por dictamen el hospital solicita manifiesta conducta a seguir a la superioridad ministerial.

II.- Adelantando opinión respecto a la cuestión traída a consideración, y compartiendo el criterio de la Unidad de Asuntos Jurídicos del MSP; este organismo considera viable aplicar la figura del legítimo abono, como **medida excepcional** en base a las consideraciones que se exponen a continuación.

Es dable afirmar que el "Legítimo Abono" no existe como instituto jurídico autónomo.

Se entiende como tal: al *"Acto Administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor de Estado cuando no existe un contrato válido que pueda servir de fundamento del referido desplazamiento patrimonial -en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente- pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa".*[1]

COPIA DIGITAL

A partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se reconoce al enriquecimiento sin causa como fuente legal y autónoma de obligaciones, que tiene lugar cuando "…se produce un desplazamiento patrimonial de una persona a otra, de tal modo que ésta última incremente su activo o disminuye su pasivo, y aquélla se empobrece, sin una causa jurídica." [2]

Así, en su artículo 1.794 lo define en los siguientes términos: *"Toda persona que sin una causa lícita se enriquezca a expensas de otro, está obligada, en la medida de su beneficio, a resarcir el detrimento patrimonial del empobrecido*".

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación también remiten al instituto del enriquecimiento sin causa, en caso que la administración hubiere recibido una prestación útil que no tuviera por fuente de la obligación un contrato al que se arribara mediante el procedimiento de selección legalmente establecido.

Sobre el particular, tiene dicho una pacífica y reiterada doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación, que: *"La fuente de la obligación y del reconocimiento del pago como legítimo abono radica en la situación de enriquecimiento sin causa de la Administración al haber recibido un servicio útil sin contraprestación alguna y un correlativo empobrecimiento de la firma reclamante*" (Dictámenes 247:38).

Asimismo, es conteste la doctrina en cuanto a los extremos que deben acreditarse en los expedientes por los que se sustancien las solicitudes de pago para que éstas sean procedentes, a saber:

a) Factura expedida por el reclamante y si los tuviera, los remitos de entrega;

b) Informe del organismo explicando:

b.1) Necesidad de la contratación y los posibles perjuicios ante la falta del servicio. Los bienes y servicios deben resultar de carácter impostergable e imprescindible para las áreas usuarias y que su carencia puede atentar contra la integridad o seguridad de las personas o bienes del organismo;

b.2) Justificación de haber recibido los bienes y servicios con explicación de los motivos por los cuales no se siguió el procedimiento de selección legalmente previsto; especificando a su vez las medidas que se han adoptado a efectos de regularizar la prestación del servicio dentro del régimen de contrataciones vigente;

COPIA DIGITAL

b.3) También deberán obrar constancias de la autoridad que solicitó el bien o la prestación del servicio;

b.4) Especificar cómo se realizó la elección del proveedor: si se realizaron pedidos de cotización a otros proveedores, entonces deberán acompañarse los respectivos presupuestos; o si se trataba de un contrato vencido y se solicitó la prestación del servicio o la entrega de bienes al proveedor que oportunamente resultó adjudicatario de dicha contratación, acompañando en este caso la orden de pago respectiva. La documentación detallada supra debe adjuntarse al informe técnico pertinente;

Por otro lado, en cuanto al monto cuyo pago se propicia, debe tenerse presente que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (conforme Dictámenes PTN 238:9; 239:017).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Cardiocorp S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" - Fallos 329:5976 - morigeró los requisitos de acreditación de los extremos de la acción de enriquecimiento sin causa para que proceda la compensación, admitiendo la presunción de que el importe consignado en las facturas del proveedor está integrado en buena medida por el costo de su prestación, excepto prueba de sobreprecios. Textualmente sostuvo que *"En tanto cabe presumir que el importe consignado por el proveedor en las facturas presentadas al cobro está integrado, cuanto menos en buena medida, por el costo (pérdida) que efectivamente tuvo para cumplir con la prestación respectiva; excepto concreta alegación y prueba de la existencia de sobreprecios*".

Se advierte que se encontraba en curso un procedimiento de selección para contratar el servicio de limpieza en cuestión (v. lo informado a fs. 49/51), cuyo trámite fue suspendido por el retiro de la oferta de la firma adjudicada (LX Argentina S.A), no obstante, la empresa continúo prestando el servicio de manera regular, según constancias obrante en las actuaciones.

Como ya se anticipará, el legítimo abono es una figura reconocida por el Derecho Administrativo, de carácter excepcional. Es un pago que se realiza, en instancia administrativa, de un bien o servicio recepcionado por la Administración, pero que no fue contratado bajo ninguna de las formas previstas en la normativa vigente, siendo el sustento de dicha figura -como ya se explicitó- el enriquecimiento sin causa que beneficiaría a la

COPIA DIGITAL

administración en caso de no reconocer la deuda, así como los principios de justicia conmutativa, en tanto restablecería el equilibrio en el patrimonio enriquecido y el empobrecido.[3]

Lo cierto es que la Administración Pública debería evitar el uso de tal instituto, cuya aplicación excepcional es reconocida por la doctrina y jurisprudencia, a fin de que su uso no se torne habitual (lo subrayado me pertenece).

A través del establecimiento de distintas modalidades para la contratación de bienes y servicios por parte de los organismos que componen el sector público provincial (licitaciones públicas, licitaciones privadas, contrataciones directas, entre otras), el Estado busca proveer a la población de los elementos necesarios para atender a sus necesidades, de un modo ordenado y transparente.

Naturalmente que esta necesidad no autoriza a la Administración a apartarse de las normas que regulan el procedimiento. En ningún supuesto, ni siquiera en los casos más extremos, la Administración podrá efectuar contrataciones al margen de las normas y de los principios que alumbran el procedimiento.

Los procedimientos de selección de contratación de bienes y servicios deberán ajustarse a los principios generales en la gestión de las contrataciones, estos son: libre competencia, concurrencia e igualdad, legalidad, publicidad y difusión, eficiencia y eficacia, economía, razonabilidad, transparencia y sustentabilidad.

Por dichas razones y teniendo en cuenta lo indicado por el Director del nosocomio a fs. 48/51, esta Asesoría sugiere que, en caso de resultar necesaria la continuidad de la prestación del servicio en cuestión, se adopten a la brevedad las medidas necesarias a efectos de regularizar su contratación, conforme las disposiciones contenidas en la normativa vigente ley 1092-A.

Por otro lado, de acuerdo al informe de fs. 49/51 (Nota Nº 1029/2020) se sugiere el inicio de información sumaria en el área pertinente del Ministerio de Salud Pública, a fin de investigar los motivos que dieron lugar a la omisión del procedimiento regulado por el régimen de contrataciones y que pudiera dar lugar a un perjuicio patrimonial al Estado.

COPIA DIGITAL

El control de legalidad que ejerce esta Asesoría importa que sus pronunciamientos deben ceñirse a los aspectos estrictamente jurídicos de la situación sometida a estudio, sin abrir juicio de sus contenidos técnicos o económicos, ni sobre cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia involucrados, por ser ajenos a su competencia funcional (conf. Dictámenes PTN 213:105, 115 y 367).

Por último, se señala que los dictámenes emitidos por esta asesoría no tienen carácter obligatorio para las autoridades con competencia para resolver, ya que sólo poseen la fuerza dimanante de su propia fundamentación jurídica (conf. Dictamen PTN 200:133).

III.- Expuesto lo anterior, cabe tener por cumplida la intervención peticionada.

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO,

FECHA: 29-05-2020

Dr. JORGE PABLO ALEGRE
ASESOR GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO

COPIA DIGITAL

[1] ".(Conf. MARCHETTI, LUCIANO "¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido", en El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho, 2005. P. 706.).
[2] ("Código Civil y Comercial de la Nación" Comentado, Ricardo Luis Lorenzetti (Director), Tomo VIII, pág. 708)
[3] (conf. "El torno a la controversial figura del legítimo abono" Sandra Eizaguirre Sección Jurisprudencia Comentada RAP (484) pág. 42.