Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

IEB

DICTAMEN N°.....235

REF: EXPTE. 29-2023-157439-AE, E 29-2024-25518-AE Y ASOCIADOS s/ "CONSTRUCCIÓN DE CUBIERTA DE CHAPAS, DEMOLICIONES Y REFACCIONES VARIAS" DE LA E.F.P. N° 10 - CUE: 220152900, DE LA LOCALIDAD BARRANQUERAS"

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DRA. MARÍA ALEJANDRA FERREYRA

A: FISCALÍA DE ESTADO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. ROBERTO ALEJANDRO HERLEIN

De mi consideración:

Arriban las presentes actuaciones a esta Asesoría General de Gobierno a efectos de emitir opinión respecto a la relación contractual de la obra denominada: "Construcción de Cubierta de Chapas, Demoliciones y Refacciones Varias" de la E.F.P. N° 10 - CUE: 220152900, de la localidad Barranqueras", entre el Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología y la Empresa BRG S.A., de acuerdo a lo solicitado por la Subsecretaria de Infraestructura Escolar en e-Parte Nº13.

Analizando los expedientes de referencia, obra en e-Partes Nº 5/7 de la actuación Nº E-29-2024-25518-Ae, pliego de bases y condiciones generales, pliego de condiciones particulares, cómputo y presupuesto, plan de trabajo y curva de inversiones, memoria descriptiva técnica, suscripto por el representante técnico Sonia Cerruti de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar.

Que en e-Parte Nº8 la Jefa de Departamento de Refacciones Preventivas comunica a la Jefa de la Dirección de la Unidad de Planificación Sectorial que la obra en cuestión será adjudicada por un monto total de pesos diecinueve millones, novecientos treinta y cinco mil quinientos ($19.935.500,00), la cual será financiado por el Programa 39 en el marco de la nueva estrategia para obras menores del Instituto Nacional de Educación Tecnológica –INET-.

Que en e-Parte Nº10, obra Resolución Nº2022-28-29-1655 del Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología de fecha 19 de

Julio de 2022 mediante la cual se aprueba la Documentación Técnica, Clausulas Generales y Particulares, Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares y Generales, Memoria Descriptiva, Planos y Cómputos de la obra en cuestión. Asimismo, se autoriza a la Subsecretaria de Infraestructura Escolar a realizar el concurso de precios N° 06/2022, invitando como mínimo a 3 oferentes.

Que en la e-Parte N°33 obra Acta de apertura de ofertas de Concurso de Precios por Invitación N°06/2022, presentadas por FAS INGENIEROS S.R.L.y BRG S.A.. Por su parte ROIG ROSICIANI S.R.L no presentó oferta alguna.

Que en e-Parte N° 35, obra Resolución N°2022-4710-29-1655 del Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología de fecha 28 de noviembre de 2022, mediante la cual se aprueba el Concurso de Precios N° 06/2022 correspondiente a la obra "Construcción de cubierta de chapas, demoliciones y refacciones varias" de la E.F.P. N° 10 CUE: 220152900, de la localidad Barranqueras y se adjudica por un monto de Pesos Veintisiete Millones Trescientos Ochenta y Siete Mil Ciento Ochenta y Ocho Con Doce Centavos ($ 27.387.188,12) al proveedor BRG S.A.

Que en la e-Parte N° 36, obra contrato suscripto entre el Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología, representado por el Sr. Martin Morilla, y la empresa BRG S.A, representado por el titular de la misma, el Señor Flavio Luis Casañas.

Que en la e-Parte N°1 de la actuación N° E-29-2023-157439-AE obra informe de la inspección técnica de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar de constatación y relevamiento de trabajos que se ejecutaron hasta la mencionada fecha y previstos en la memoria descriptiva en fecha 24 días del mes de agosto de 2023, en el cual manifiesta que los plazos se encuentran vencidos y que el total de los trabajos realizados acumula un porcentaje del 50.79% del total de la obra.

Que en la e-Parte N°3 y 5 obran fojas de mediciones N°2 y 3, de las cuales surgen que se ha dado cumplimiento a un 50.79% del total de los trabajos según la memoria descriptiva.

Que en la e-Parte N°7 obra Acta de Inicio de Obra de fecha 16 de Diciembre de 2022 suscripta por el representante técnico de la empresa y el inspector de Obra del Ministerio de Educación.

Que en la e-Parte N°7 obran ordenes de servicio de la inspección de obra.

Que en la e-Parte N°8 obra acta de constatación de abandono de obra suscripta por la directora de la institución educativa y el inspector de obra de la subsecretaria en fecha 24 de agosto de 2023, por la cual se deja constancia que la obra se encuentra paralizada y sin personal obrero.

Que en la e-Parte N°9 obra intervención de la Unidad de Gestión de Infraestructura Edilicia y Seguridad e Higiene en Edificios de ETP Instituto Nacional de Educación Tecnológica del Ministerio de Educación en fecha 28 de noviembre de 2023, mediante la cual otorga la no objeción a la rescisión del contrato de obra, solicitando a la jurisdicción que defina las acciones para poder avanzar en la ejecución del faltante de obra y además realice la rendición de los certificados aprobados para proceder al cierre del expediente de financiamiento.

Que en la parte N°19 obra dictamen de la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Control de Gestión del Ministerio de Educación, mediante el cual entiende que debe procederse a la recisión del contrato de obra por exclusiva culpa de la empresa BRG debido a los reiterados incumplimientos de las condiciones contractuales sumado a la paralización de la obra y el abandono total de la misma.

Que en la e-Parte N°26 obra Certificado de anticipo financiero de fecha 14 de diciembre de 2022 por un monto de $8.216.156,44 (ocho millones doscientos dieciséis mil cientos cincuenta y seis con 44/100) equivalente al 30% del monto total del contrato.

Que en la e-Parte N°40 obra detalle sobre los pagos realizados a la firma BGR SA, según Concurso de precios N°06/2022 correspondiente a la EFP N° 10, de la localidad de Barranqueras, contratación de la OBRA - CONSTRUCCIÓN DE CUBIERTA DE CHAPAS, DEMOLICIONES Y REFACCIONES VARIAS, financiado por el Programa 39 en el marco de la nueva estrategia para obras menores del INET, realizado por la Unidad Ejecutora Jurisdiccional INET.

Que en la e-Parte N°43 obra notas de pedidos de la empresa BGR SA, donde surge que mediante la Nota de pedido N°8 en fecha 3/2/2023 se solicita la ampliación de plazo (60 días) atento a la demora en los tiempos de entrega de materiales por parte de los proveedores y falta de pago

de certificados y Nota N°11 en fecha 13/02/23 solicita la reprogramación de la obra debido a la demora en la respuesta a la nota de pedido N°8.

II. Corresponde en esta instancia analizar la procedencia de la rescisión del contrato por culpa del contratista en razón de lo solicitado por la Subsecretaria de Infraestructura Escolar.

De la normativa en cuestión, se observa que el Pliego de Condiciones Generales establece en su artículo N°13.3 (parte pertinente) el Comitente tendrá derecho a rescindir el con trato en los siguientes casos: *1) Cuando el Contratista obre con dolo, o culpa grave o reiterada negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. ... 3) Cuando sin mediar causa justificada, el Contratista no dé cumplimiento al Plan de Trabajos y Curva de Inversiones que figura en el contrato, siempre y cuando exista una intimación previa del Comitente, no acatada, para que, dentro del plazo que le fuera fijado, alcance el nivel de ejecución previsto en el plan. .... 8) Cuando sin causa justificada el Contratista abandonare o interrumpiere los trabajos por plazos mayores de 8 (ocho) días en más de 3 (tres) ocasiones, o por un período único mayor de 30 (treinta) días.*

Por su parte, la ley de Obras Públicas N° 1182-K, dispone en su artículo N°80 (parte pertinente) que "*El Organismo tendrá derecho a la rescisión del contrato en los casos siguientes: a) Cuando el contratista sea culpable de dolo, fraude, grave negligencia o contravenga el cumplimiento de las obligaciones y condiciones estipuladas en el contrato; b) Cuando el contratista proceda a la ejecución de la obra con lentitud, de modo que la parte ejecutada no corresponda al tiempo previsto en los planes de trabajo y a juicio del Organismo, no pueda terminarse en los plazos estipulados. Para la aplicación de esta cláusula deberá, previamente, exigirse al contratista que disponga los medios necesarios para acelerar los trabajos hasta alcanzar el nivel contractual de ejecución, en el plazo que se le fije y procederá la rescisión del contrato si el contratista no adopta las medidas exigidas con ese objeto; c) Cuando el contratista se exceda del plazo fijado en las bases de la licitación para la iniciación o terminación de la obra, o de las prórrogas que por causas justificadas e inevitables se le hayan acordado; e) Cuando el contratista abandone las obras o interrumpa los trabajos por plazo mayor de ocho días corridos; en tres ocasiones alternadas durante el plazo de obra fijado o cuando el abandono o interrupción sean continuados por el término de treinta días corridos;*

Como se observa, las causales de rescisión son prácticamente las mismas y pueden sintetizarse en: (1) incumplimiento de los términos contractuales, (2) ejecución de los trabajos con lentitud y que a juicio de la comitente no se terminará la obra en los plazos estipulados y (3) abandono de obra superior a un mes.

Cabe preguntarse ahora si el contratista ha quedado incurso en dichas causales y la respuesta, a nuestro criterio, a todas es afirmativa: Ello por cuanto: (1) ha incumplido los términos del contrato: no ha terminado la obra en el plazo establecido y sus prórrogas; (2) ha incumplido con los plazos contractuales previstos. En efecto, de acuerdo al acta de inicio de obra, del 16 de diciembre de 2022, se convino que la obra debía estar terminada a los 90 días desde su suscripción. Consecuentemente, una fecha estimada de finalización de obra correspondía al 16 del mes de Marzo del año 2023.

En este sentido, la inspección de obra mediante las correspondientes notas de servicios en fechas 01/02/2023, 02/03/2023 y 06/04/2023 (ordenes de servicio N°6, 14 y 17, respectivamente, obrantes en e-Parte N°7), intimó a la contratista a disponer los medios necesarios para acelerar los trabajos hasta alcanzar el nivel contractual de ejecución y cumplir con el plan de trabajo previsto. Atento a la inacción de la constructora y la constatación de abandono de obra, en fecha 10/07//23 sugiere la recisión de la relación contractual de acuerdo a lo establecido en el artículo 13.3 del Pliego de Condiciones Generales.

Por su parte, la empresa constructora mediante nota de pedido N°8 de fecha 3 de febrero de 2023 solicitó la ampliación de plazo de obra por un periodo de 60 días en razón de la demora tanto en los tiempos de entrega de los materiales por parte de los proveedores como en el pago de certificados de obra. Posteriormente, debido al retraso en la respuesta por parte de la administración a la solicitud mencionada, por medio de nota de pedido N°11 en fecha 13/02/23, el cocontratante solicita la reprogramación de la obra.

No obstante, mediante nota se servicio N°15, en fecha 7 de marzo de 2023, la inspección técnica solicita a la empresa que avance con la ejecución de los trabajos de obra, en razón de que (en caso de aprobación de la solicitud de ampliación de plazo realizada) la nueva fecha de finalización seria tenida en cuenta para posibles sanciones. Asimismo, por orden de servicio N°17 de fecha 6 de abril de 2023 se notifica la aprobación por 80 días dicha

ampliación, teniendo como nueva fecha de finalización de obra el 4 de junio de 2023.

Por último, corresponde analizar la causal (3) de abandono de obra por parte de la contratista, lo que se comprueba con el libro de obras (e-Parte N°7, ordenes de servicio N° 18/22 de fechas 20/04/23 al 10/07/2023) y con las constataciones del inspector de la subsecretaria, junto con el director del establecimiento en fecha 24 de agosto de 2023 (e-parte N°8), que las obras se encontraban paralizadas y sin personal obrero. El comitente por su parte no ha emitido ninguna constancia ni documento que justificara el retraso de la obra y los mayores plazos, a excepción de lo mencionado en la orden de pedido N° 8: demoras en entrega de materiales por parte del proveedor y en el pago de los certificados por parte de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que el contratista no puede interrumpir unilateralmente los trabajos o abandonar la obra, y en este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que "*Es obligación del contratista obrar de modo oportuno, diligente y activo para poner de manifiesto a la administración las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales*" (C.S.J.N., 29/12/88 "Radeljak"; esta Sala in re, 30/8/84 "Guillermón", ED 117-608; 15/4/86 "Espada" RAP 99-97; 20/9/88 "EFA").

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que, en el supuesto de la recisión contractual por abandono de obra, "*la ley determina situaciones y plazos específicos para la calificación de tales conductas, circunstancias que deben estar correctamente acreditadas en el expediente. Implica un incumplimiento grave que genera la pérdida de confianza en el Contratista y posibilita la terminación del acuerdo por su exclusiva culpa.*"[1]

Si bien la contratista alega demora en el pago de certificados y en la entrega de los materiales por el proveedor, la jurisprudencia se ha orientado en el sentido de que la demora en el pago de los certificados de obra no autoriza a invocar ese hecho como causa razonable de retardo en la ejecución de la obra.[2]

En este sentido, la doctrina sostiene que el "*cocontratante particular no tiene derecho de oponer la exceptio non adimpleti contratctus, ante el incumplimiento de la Administración Publica de sus*

[1] Dictamen IF 2018-41934639-APN-PTN, 28 de agosto de 2018. EX-2018-34735023- APN-DD#ME. Ministerio de Educación (Dictámenes 306:336).
[2] Provincia del Chubut c/ Gabelco S.A. s/ Rescisión de Contrato de Obra Pública SENTENCIA.SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. 6/3/1979.

obligaciones contractuales, sino debe siempre continuar la ejecución del contrato en curso, sin perjuicio de pretender el resarcimiento justo que le corresponda".[3] En el caso que nos ocupa, las demoras en el cumplimiento de los plazos contractuales, y más aún, el abandono de obra por las causales invocadas por la empresa constructora no la eximen de la ejecución del contrato de obra suscripto, dando el derecho a la administración de solicitar la rescisión del contrato atento a los supuestos previstos en la normativa analizada.

Siendo entonces el mencionado contrato de carácter bilateral y conmutativo, las dos partes, el comitente y el contratista, tienen que cumplir obligaciones recíprocas y determinadas, sin que ninguno de ellos pueda mejorar o empeorar su posición en relación con el otro debido a cuestiones externas al contrato o fuera del dominio de las partes.

El equilibrio obligacional pactado entre las partes es la esencia del contrato de obra y debe ser mantenido tal como fue pactado, más allá de las alteraciones de la economía en general y/o de situaciones no previstas que influyan en el contrato. Más aun teniendo en cuenta que la inspección de obra luego de las reiteradas solicitudes de aumentar el ritmo de trabajo, informa mediante nota de servicio Nº18 de fecha que, en razón de no existir avance de obra, no se puede realizar certificación alguna.

La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene que "*El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son la base de la licitación. El contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público.*"[4]

La Corte Provincial de Santa Fe, reiteradamente ha señalado "la exigencia que se le impone a quien contrata con la Administración de seguir un comportamiento oportuno, diligente y activo, que obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si, ante la nueva situación, conviene al interés público proseguir con el contrato, proceder a su limitación o a otro tipo de previsión o reaseguro. También el alto tribunal

[3] Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Julio Rodolfo Comadira y Héctor Escola. 1ª Ed., Buenos Aires: AbelledoPerrot, 2013.
[4] Dictamen IF-2019-19045667-APN-PTN, 28 de marzo de 2019. EX-2018-27561902- APN-CGD#SGP. Secretaría Legal y Técnica. (Dictámenes 308:187 bis).

nacional ha señalado que la magnitud de toda obra pública y de los intereses en juego imponen a los contratistas actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiese incidir negativamente sobre sus derechos" [5].

Consecuentemente, la administración puede decidir ejecutivamente sobre la revisación y modificación de las prestaciones debidas por el cocontratante, sobre la determinación de situaciones de incumplimiento, imponiendo sanciones en este caso, sobre la rescisión del mismo, sobre la recepción y aceptación de las prestaciones contractuales, sobre la liquidación del contrato, etc.

Es así entonces, luego de considerar los antecedentes del caso, que, a criterio de esta Asesoría General de Gobierno, se han configurado al menos tres supuestos, que según los términos del contrato y de la ley de Obras Públicas, resultan aptos y conducentes para la rescisión del contrato por culpa de la contratista, conforme se detalla según constancias obrantes de la actuación.

III. En virtud de todo lo expuesto, en concordancia con la sugerencia del inspector a cargo de la Dirección de Asuntos Jurídicos, y atento los antecedentes de autos que dan cuenta del incumplimiento de la misma, esta Asesoría entiende que resulta procedente la rescisión del contrato por culpa del contratista encuadrando la decisión dentro del Capítulo IX, art. 79° y sgts. de la Ley N° 1182-K- (ex Ley 4990), y específicamente en el art. 80°, inc. b), c) y e), debiendo darse intervención al Sr. Fiscal de Estado conforme el artículo 6° inc. a) de la Ley N°1940-A.

A su vez, y en su caso, deberá procederse conforme lo dispone el art.81° y concordantes de la Ley N°1182-K de Obras Públicas en cuanto a las consecuencias de la rescisión por culpa del contratista, correspondiendo articular los procedimientos pertinentes.

Finalmente, resulta dable señalar el carácter no vinculante de los dictámenes emitidos por esta Asesoría General de Gobierno. En este sentido el máximo órgano asesor sostiene que*: "Los dictámenes de la Procuración del Tesoro constituyen opiniones sobre determinados problemas jurídicos de las que, en principio, los órganos competentes para resolver pueden apartarse, fundadamente y bajo su responsabilidad, en aquellos supuestos en que no compartan los criterios sustentados por este organismo (conf. Dict.*

[5] Corte Sup., Fallos 311:2831; 319:1681. Corte Sup. Just. Santa Fe, AyS 190-442; AyS 193-228). Magistrados: FALISTOCCO, GASTALDI, GUTIÉRREZ, NETRI, SPULER, VIGO.- Expediente: 170/1989.-

IEB

206:354; 211:391; 258:132; 259:18). Dict. N° 175/08, 3 de septiembre de 2008. Expte. N° 10589-38-2007/02/08. Administración Federal de Ingresos Públicos. (Dictámenes 266:209).

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO;

25 ABR. 2024

Dra. MARIA ALEJANDRA FERREYRA
Asesora General de Gobierno
PROVINCIA DEL CHACO