Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

DICTAMEN N° 574

REF: EXPTE. N° E-29-2023-62722-AE

"CONSTRUCCIÓN DE NÚCLEO SANITARIO" EN LA ESCUELA DE EDUCACIÓN PRIMARIA N° 30 SAN MARTIN - CUE N° 220001400 DE LA LOCALIDAD DE BARRANQUERAS

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

A: SUBSECRETARIA DE INFRAESTRUCTURA ESCOLAR
ARQ. ROSANA CERRUTTI

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 Núcleo Sanitario" en la Escuela de Educación Primaria N° 30 San Martin - CUE N° 220001400 de la localidad de Barranqueras, Provincia del Chaco, con un presupuesto oficial de pesos veintitrés millones seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos diecinueve con 32/100 ($23.647.619,32), de acuerdo a lo solicitado por la Subsecretaria de Infraestructura Escolar en e-Parte N°30.

I. Analizando los antecedentes obrantes en el expediente de referencia, corresponde efectuar en este apartado una breve reseña de las principales constancias e intervenciones obrantes en autos y que resulten relevantes a los fines de la intervención solicitada

En ese orden, se observa en e-Parte N°11 obra informe de la Unidad de Planificación informando que existe Factibilidad Presupuestaria para movimiento de suelos, estructura resistente, albañilería, revoques, cubierta de techos, cielorrasos, revestimiento, carpintería, pinturas, varios (limpieza final y retiro de escombros, cartel de obra), instalación eléctrica e instalación sanitaria, la que deberá imputarse en la Cat. Prog. 22-00-06-95 Entornos Edilicios - CONSTRUCCIONES EN SERVICIO COMPLEMENTARIO de la Fuente 10 RENTAS GENERALES en la Partida 421 Construcciones de dominio privado, por un monto $23.647.619,32 del Presupuesto 2023.

Que en e-Parte N°12 obra Pliego de Condiciones Generales y Particulares, mediante el cual se establecen las clausulas legales para la

ejecución de la obra: Construcción Núcleo Sanitario en la E.E.P. Nº 30 - San Martin de la localidad de Barranqueras.

Que en e-Parte Nº13 obra Disposición Nº 54/2023 de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar 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 si misma a realizar la contratación directa Nº83/23, invitando, como mínimo, a dos o más oferentes.

Que en e-Parte Nº14 obra Computo y Presupuesto Construcción de Núcleo Sanitario" en la Escuela de Educación Primaria Nº 30 San Martin - CUE N° 220001400 de la localidad de Barranqueras, Provincia del Chaco, por un monto total de pesos veintitrés millones seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos diecinueve con 32/100 ($23.647.619,32).

Que en e-Parte Nº17 obra Plan de Trabajo y Curva de inversiones.

Que en e-Parte Nº18 obra Memoria Descriptiva.

Que en e-Parte Nº20 obra Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares.

Que en la e-Parte Nº28 obra Acta de apertura de ofertas de Contratación Directa Nº83/2023, presentadas por Zentra Construcciones S.R.L y PRO NORT S.R.L.

Que en e-Parte Nº 37, obra Disposición Nº821 de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar de fecha 11 de agosto de 2023, mediante la cual se adjudica a la empresa Zentra Construcciones S.R.L por un monto pesos veintitrés millones seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos diecinueve con 32/100 ($23.647.619,32), por considerar de menor precio a las ofertas propuestas.

Que en la e-Parte Nº 38, obra contrata suscripto entre el Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología, representado por el Subsecretario de Infraestructura Escolar Sr. Pablo Aguirre, y la empresa Zentra Construcciones, representado por el titular de la misma, el Señor Nicolás Schipani

Que en la e-Parte N°40 obra Certificado de anticipo financiero por un monto de $7.094.285,80 equivalente al 30% del monto total del contrato.

Que en la e-Parte N°36 obra Acta de Inicio de Obra de fecha 14 de Agosto de 2023 suscripta por el representante técnico de la empresa, la Directora del establecimiento escolar y el inspector de Obra del Ministerio de Educación.

Que en e-Parte N°57 obra Certificado de Obra N°1 de fecha 31/09/2023 con un porcentaje alcanzado de obra del 50,63%.

Que en e-Parte N°62 obra Disposición N°1969/2023 de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar de fecha 1 de noviembre de 2023 autorizando a la Dirección de Administración a abonar a favor del proveedor Zentra Construcciones la suma de $8.830.292,33 en concepto de pago por Certificado de avance N°1 de la obra en cuestión.

Que en e-Parte N°68 obra constancia de pago a favor de la empresa Zentra en concepto de pago por Certificado de avance N°1 en fecha 30/11/2023.

Que en la e-Parte N°73 obra orden de servicio N°3 por el cual la inspección de obra solicita a la empresa contratista tomar los recaudos necesarios para cumplir con el plazo de obra (90 días) estipulado en el contrato, atento a un atraso en el avance de obra.

Que en e-Parte N°74 obra nota de la inspección técnica de la obra dirigida al representante técnico de la contratista en fecha 15 de noviembre de 2023, mediante la cual se intima a que la empresa retome la obra para la correspondiente terminación de la misma, atento a que, de acuerdo al inicio de obra y plazo estipulado en el contrato para la finalización de la misma, no se ha terminado en el tiempo contractual pactado.

Que en e- Parte N°75 obra Acta de Conformidad con los trabajos realizados en fecha 15/11/23 por la cual la inspección ha verificado que se ha dado cumplimiento a un 50,63% de los trabajos según la memoria descriptiva.

Que en e-Parte N°76 obra Acta de Constatación de Obra en fecha 17/11/23 suscripta por la Directora del establecimiento educativo y el inspector de obra en representación de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar por la cual dejan constancia que la obra se encuentra paralizada y sin personal obrero.

Que en e-Parte N°77 obra nota de pedido N°1 de fecha 21/11/23 mediante la cual informa a la inspección de obra que no continuaran con la obra en cuestión, por el motivo del aumento de precios en los materiales de instalación sanitaria y eléctricos.

Que en e-Parte N°79 obra nota de fecha 27/11/23 suscripta por el socio gerente de la empresa Zentra Construcciones S.R.L Sr. Nicolás Schipani por la cual comunica que la empresa requiere rescindir el contrato de común acuerdo, dado el fuerte impacto inflacionario, sumado al desabastecimiento de insumos desvirtuando la ecuación económica y generando un importante desfasaje de precios en relación a la oferta económica aprobada oportunamente.

Que en e-Parte N°80 obra nota de servicio N°4 de fecha 28 de noviembre de 2023 por la cual el inspector de obra sugiere la recisión contractual.

Que en la parte N°88 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 rescisión contractual por la exclusiva culpa de la contratista debido a reiterados incumplimientos de las condiciones contractuales sumado a la paralización de la obra y el abandono total de la misma.

II. Del análisis de las actuaciones surge que, según el plazo convenido, la obra debía ejecutarse en un plazo de noventa (90) días calendario, dando iniciación a la misma en fecha 14/08/2023 mediante la celebración del Acta de Inicio Contractual de Obra. En este sentido, una estimada fecha de finalización de obra correspondía al 12 de noviembre del año 2023.

Durante dicho periodo, la Inspección de obra mediante orden de servicio N°3 obrante en e-Parte N°73, solicito a la empresa a tomar los recaudos necesarios para cumplir con el periodo contractual de obra (90 días) a razón de una demora en el avance en su ejecución.

Cumplido el plazo para la finalización de obra sin haberse culminado y con solo una ejecución de 50,63%, la inspección técnica de la obra intima al representante técnico de la contratista en fecha 15 de noviembre de 2023, a retomar la obra para la correspondiente terminación de la misma (e-Parte N°74).

Posteriormente, se observa que la empresa solicita la rescisión contractual de común acuerdo alegando la imposibilidad de continuar con la obra atento al desfasaje de precios en relación a la oferta económica aprobada oportunamente, consecuencia del fuerte impacto inflacionario y el desabastecimiento de insumos que desvirtuaron la ecuación económica.

Sin embargo, dicha solitud de rescisión contractual de común acuerdo fue realizada días posteriores a la fecha estimada de finalización de obra (12 de noviembre de 2023), sin dar respuesta a las intimaciones realizadas mediante las notas de servicios respectivas como a la dirigida al titular de la empresa en fecha 15/11/23. Es decir que la contratista durante el plazo de ejecución de obra, no puso en conocimiento de la administración la imposibilidad y/o dificultad de continuar la misma por el desfasaje de precios. Es dable recordar, que, al momento de solicitar dicha recisión, la empresa cobro mas del 67% del monto total acordado (anticipo financiero y certificado de obra N°1), alcanzando solo el 50% de avance de obra.

De acuerdo al artículo N°2 del Pliego de Condiciones Generales y Particulares (e-Parte N°19) establece que la obra se contratará por "*ajuste alzado sobre la base del monto total establecido por el Adjudicatario en su propuesta, que es una suma única y global inmodificable cualquiera sea la cantidad de provisiones, obras o trabajos realmente ejecutados para terminar totalmente la obra, de modo que las certificaciones parciales se efectúan al solo efecto del pago a cuenta del total de la misma*".

La modalidad de ajuste alzado, consiste que las partes establecen un precio fijo e inamovible, aunque la ejecución de la obra importe la modificación del valor de los materiales o la mano de obra.

En este sentido, los términos de los contratos son obligatorios para las partes, de manera que una vez suscriptos, no pueden ser pretendidos de modificar por voluntad de una sola de las partes.

Lo cierto es que la contratista debe respetar lo firmado y no puede alegar mayores costos, máxime cuando por aplicación de los documentos relativos al contrato, aceptó someterse a una "*una suma única y global inmodificable*".

Si el contratista cotizó un precio determinado, único y por el total de la obra, al mismo debe atenerse y no puede invocar alteración de las variables económicas, cuando claramente el pliego y el contrato preveían un monto fijo.

Sin embargo, en caso de existir el aumento aludido, debió ser considerado al momento de cotizar, debiendo el contratista incrementar su presupuesto, con un porcentual razonable a la inflación prevista, solicitar la aplicación de intereses sobre el saldo pendiente de certificar o la redetermiancion de precios prevista en el artículo N°9 del Pliego de Condiciones Generales y Particulares. Nada de esto ocurrió.

Se puede afirmar que el contrato de obra pública es un contrato conmutativo y no aleatorio; y que su finalidad es la satisfacción de un interés público.

Por ser un contrato conmutativo, las prestaciones de ambas partes están siempre determinadas.

Esto implica que el contrato debe desarrollarse sobre la base de: (i) un precio cierto y determinado o determinable; y (ii) una obra (prestación) determinada o determinable.

El precio, que es lo que aquí nos interesa, valor básico del contrato, es determinado en base a criterio objetivos preestablecidos y no en función de hechos futuros e inciertos.

Esto implica que, por ser el contrato de obra pública conmutativo, el beneficio de cada una de las partes es evaluado y determinado en el momento de su celebración, mientras que en el contrato aleatorio el beneficio de las partes no es determinable al momento de su celebración por depender de un acontecimiento incierto.

Siendo entonces un contrato 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 (carácter no aleatorio).

Surge de lo expuesto que no puede razonablemente sostenerse que el pedido de recisión contractual por desfasaje de precios en los materiales, el contratista no pudo prever el incremento de los mismos. El mínimo

criterio de razonabilidad y previsibilidad hace que dicho incremento debió estar previsto en la cotización.

El hecho que tal circunstancia no haya sido prevista y trasladada al precio, nos habla a las claras de una negligencia de parte del contratista y que tal circunstancia (la invocada variación de la "ecuación") solo resultaría atribuible a una omisión imputable, pura y exclusivamente, al contratista.

Igualmente, daba por sentado que el oferente -antes de la presentación de la oferta-había estudiado perfectamente los planos, especificaciones técnicas y demás documentación de carácter técnico administrativo del proyecto y que por lo tanto se hallaba en posesión de todos los elementos de juicio necesarios para afrontar cualquier contingencia que razonablemente pudiera presentarse.

Por consiguiente, la presentación de su oferta implica por parte del proponente el perfecto conocimiento de las obligaciones que va a contraer "*después de estudiar cuidadosamente los documentos del llamado y de recoger en el sitio en que se ejecutarán los trabajos las informaciones relativas a las condiciones locales que puedan influir sobre la determinación de los precios, no quedándole duda alguna respecto a la interpretación de los documentos técnicos y legales de la licitación y demás condiciones, proponiendo ejecutar la obra en un todo de acuerdo con los documentos de la contratación",* de acuerdo a la oferta presentada por la contratista obrante en e-Parte N°27.

Por otra parte, 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"). Es decir, la contratista actuó de manera negligente al no poner en conocimiento de la administración, en tiempo oportuno, la imposibilidad de continuar con la obra en cuestión.

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 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" [1].

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.

En los actuados nos encontramos con una relación contractual con plazos vencidos en la actualidad, una paralización de trabajos de más de 7 meses para una obra estimada en noventa (90) días calendarios de ejecución, con un avance correspondiente al 50,63 % y pagos realizados por más del 67% del monto total, lo que conllevan en la actualidad a estar supeditados a dar un análisis técnico y económico bajo un orden de mérito, oportunidad, legalidad y razonabilidad del Estado.

Que así expresa la jurisprudencia nacional en su fallo sobre redeterminacion de precios, *"...La protección de la ecuación económico-financiera del contrato no implica sustracción de los riesgos ordinarios en el campo de los negocios, sino protección de los perjuicios que le correspondan al àlea anormal de los mismos, protección que, según los supuestos facticos, puede lograrse mediante el reconocimiento por vía de los mayores costos o de la teoría de la imprevisión (C.S.J.P.: criterio de "Laromet", A. y S.T. 79, PAG. 107)*

"Ello significa que quien contrata con la Administración obtiene a cambio del opus que realiza una retribución que, prima facie, satisface el precio de los trabajos ejecutados por el cocontratante, y no puede, y no puede legítimamente pretenderse que la Administración deba hacerse cargo de cualquier perjuicio eventual que pueda sufrir el contratista durante la ejecución de los trabajos, excepción hecha de las situaciones que expresamente contempla la ley..."

"...Además de lo expresado, es sabido que quien contrata con la administración se impone un comportamiento oportuno, diligente y activo, que

[1] 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.-

obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales, a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluare si conviene al interés público celebrar el contrato o dejar sin efecto la licitación, además de que no resulta viable procurar la modificación del precio con ulterioridad al hecho que se concurrió a consumar.."

"...En este sentido, y siempre a los fines de la teoría de la imprevisión, no basta desde luego con la sola existencia de mayores costos por el solo transcurso del tiempo, en definitiva, el planteo substancial de la actora; sino que ellos deben ser, además imprevisibles, de trascendencia para la economía del contrato..." NISALCO S.A. contra PROVINCIA DE SANTA FE (Expte C.S.J. 742/00) sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. C.C.A.1 Nª719, año 2001)

En este contexto, y ante lo análisis de lo actuado se observa que la paralización de la obra correspondió a los días posteriores del vencimiento de plazo de finalización de obra estimada para noviembre de 2023, con una causal no excusable (desfasaje de precios). En un contexto económico en el que la inflación es una variable constante en los últimos años, y siguiendo a Cano, *"lo que resulta previsible es que los precios variarán de acuerdo a la evolución del proceso inflacionario y nunca se darán los extremos requeridos por la teoría de la imprevisión de ser acontecimientos imprevisibles y extraordinarios y que tornen excesivamente onerosa la prestación de una de las partes -salvo que se desencadene una hiperinflación de carácter extraordinario-. Dicho de otra manera, es previsible que los precios de los recursos afectados a la ejecución de la obra aumenten, si bien, como se indicaba antes, no se pueda determinar de antemano cuáles de todos ellos sufrirán alteraciones y en qué proporciones."*[2]

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 se debe proceder a la rescisión del contrato por exclusiva 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) y c), 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

[2] Contrato de construcción. *Cano Cremades, Julia. 2011*

Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

IEB

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. 206:354; 211:391; 258:132; 259:18). Dict. Nº 175/08, 3 de septiembre de 2008. Expte. Nº 10589-38-2007/02/08. Administración Federal de Ingresos Públicos. (Dictámenes 266:209).*

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO;

01 AGO. 2024

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