Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

HB

DICTAMEN N° 627

REF: EXPTE. N° E-29-2023-9626-AE S/

"TRABAJOS DE ESTRUCTURA RESISTENTE, ALBAÑILERÍA, REVOQUES, CONTRAPISOS, PISOS Y ZÓCALOS, CUBIERTA DE TECHOS, CIELORRASOS, CARPINTERÍA, PINTURAS, VARIOS (CARTEL DE OBRA), INSTALACIÓN ELÉCTRICA E INSTALACIÓN SANITARIA EN EL ESTABLECIMIENTO E.E.E. N° 2 - TELMA RECA CUE N° 220100200 DE LA LOCALIDAD DE RESISTENCIA

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: "Trabajos de estructura resistente, albañilería, revoques, contrapisos, pisos y zócalos, cubierta de techos, cielorrasos, carpintería, pinturas, varios (cartel de obra), instalación eléctrica e instalación sanitaria en el establecimiento E.E.E. N° 2 - TELMA RECA CUE N° 220100200 de la localidad de Resistencia, Provincia del Chaco, con un presupuesto oficial de pesos diecisiete millones quinientos noventa y seis mil ochocientos trece con 64/100 ($17.596.813,64), de acuerdo a lo solicitado por la Subsecretaria de Infraestructura Escolar en e-Parte N°87.

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 que en e-Parte N°30 obra Computo y Presupuesto Refacción, instalación eléctrica, sanitaria, carpintería, cubierta de techo en la E.E.E. N° 2 - TELMA " de la localidad de Resistencia, Provincia del Chaco, por un monto total de pesos diecisiete millones quinientos noventa y seis mil ochocientos trece con 64/100 ($$17,596,813.64).

Que en e-Parte N°31 obra Memoria Descriptiva.

Que en e-Parte N°32 obra Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares.

Que en e-Parte N°33 obra Plan de Trabajo y Curva de inversiones.

Que en e-Parte N°36 obra informe de la Unidad de Planificación informando que existe Factibilidad Presupuestaria parapara estructura resistente, albañilería, revoques, contrapisos, pisos y zócalos, cubierta de techos, cielorrasos, carpintería, pinturas, varios (cartel de obra), instalación eléctrica e instalación sanitaria, la que deberá imputarse en la Cat. Prog. 22-00-05-68 Entornos Edilicios - CONSTRUCCIONES EN EDUC. ESPECIAL de la Fuente 10 RENTAS GENERALES en la Partida 421 Construcciones de dominio privado, por un monto $17596813,64 del Presupuesto 2023

Que en e-Parte N°37 obra Pliego de Condiciones Generales y Particulares, mediante el cual se establecen las clausulas legales para la ejecución de la obra: Refacción, instalación eléctrica, sanitaria, carpintería, cubierta de techo en la E.E.E. N° 2 - TELMA de la localidad de Resistencia.

Que en e-Parte N°38 obra Disposición N° 577/2023 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 N°100/23, invitando, como mínimo, a dos o más oferentes.

Que en la e-Parte N°39 obra Acta de apertura de ofertas de Contratación Directa N°100/2023, presentadas por Timoniuk Cecilia Mariel CUIT N° 27-29465641-9 y Cabrera Jorge Pablo CUIT N° 20-35037478-8

Que en e-Parte N° 45, obra Disposición N°658 de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar de fecha 3 de agosto de 2023, mediante la cual se adjudica al proveedor Timoniuk Cecilia Mariel CUIT N° 27-29465641-9 por un monto total de pesos diecisiete millones quinientos noventa y seis mil ochocientos trece con 64/100 ($$17,596,813.64)., por considerar de menor precio a las ofertas propuestas.

Que en la e-Parte N° 46, obra contrata suscripto entre el Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología, representado por el

Subsecretario de Infraestructura Escolar Sr. Pablo Aguirre, y la Sra. Timoniuk Cecilia Mariel CUIT N° 27-29465641-9

Que en la e-Parte N°52 obra Certificado de anticipo financiero por un monto de $5.279.044,09 equivalente al 30% del monto total del contrato.

Que en la e-Parte N°55 obra Acta de Inicio de Obra de fecha 4 de Agosto de 2023 suscripta por el representante técnico de la empresa y el inspector de Obra del Ministerio de Educación.

Que en e-parte N°68 obra Acta de Conformidad de Trabajos Realizados de fecha 22/09/2023.

Que en e-Parte N°70 obra Certificado de Obra N°1 con un porcentaje alcanzado de obra del 23,54%.

Que en la e-Parte N°72 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 libros de Ordenes de Servicio y Pedido.

Que mediante Orden de Servicio N°1 de fecha 21/08/2023 la inspección técnica solicita a la empresa incremente el ritmo de la obra dado que se observa un retraso en el avance de los mismos. Asimismo, por Orden de Servicio N°2 de fecha 04/09/2023 reitera a la contratista que acelere la ejecución de los trabajos realizados.

Que mediante Orden de Servicio N°3 de fecha 18/09/2023 la inspección de obra corrobora que la obra no se ha terminado en el tiempo estipulado contractualmente e íntima a la contratista que retome la obra para su correspondiente terminación, en su defecto se tomaran las medidas legales y administrativas que correspondan.

Por su parte, la empresa contratista mediante Nota de Pedido N°1 y 2 comuncita a la inspección, en fecha 25/08/23 y 08/09/23, respectivamente, que las demoras se deben a retraso y falta de entrega de materiales por parte del corralón.

Que por Nota de pedido N°3 de fecha 20/09/23, el representante técnico de la empresa informa la decisión de "*rescindir el contrato*

debido al cambio de gestión y a la falta de presupuesto de la gestión del gobierno actual".

Que en e-Parte N°78 obra Acta de Reanudación de Obra suscripto entre la Subsecretaria de Infraestructura Escolar, Arq. Rosana Cerrutti, y la Sra. Timoniuk Cecilia en la cual se acuerda la reanudación de los trabajos a partir del 1/3/24, teniendo un plazo de 7 días hábiles para la finalización de la misma, siendo dicho plazo perentorio.

Que en e-Parte N°79 obra Acta de Conformidad de Trabajos Realizados de fecha 11/03/24.

Que en e-Parte N°81 obra Certificado de Obra N°2 con un porcentaje alcanzado de obra del 30%.

Que en e- Parte N°82 obra Orden de Servicio N°5 y 6, de fecha 6/3/24 y 8/3/24, respectivamente, mediante la cual la inspección solicita a la contratista incremente el ritmo de trabajo de obra para la finalización de la misma.

Que en la mencionada e-Parte, mediante Orden de Servicio N°10 de fecha 24 de abril, habiéndose cumplido el plazo perentorio y al continuar la obra sin avance alguno, la inspección sugiere la rescisión contractual.

Que en e-Parte N°84 obra nota de fecha 23/05/24 suscripta por la Sra. Cecilia Timoniuk por la cual comunica que la empresa requiere rescindir el contrato de común acuerdo, ante el contexto inflacionario imperante, la continua suba de precios de los materiales necesarios para la continuidad de la obra y la recurrente negativa de la comitente a proceder a la actualización de precios.

Que en la parte N°86 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 en conformidad a los términos y condiciones establecidos en el Pliego de Condiciones Generales y Particulares.

II. Del análisis de las actuaciones surge que, según el plazo convenido, la obra debía ejecutarse en un plazo de noventa (45) días calendario, dando iniciación a la misma en fecha 04/08/2023 mediante la celebración del Acta de Inicio Contractual de Obra. En este sentido, una estimada fecha de finalización de obra correspondía al 18 de septiembre del año 2023.

Durante dicho periodo, la Inspección de obra mediante ordenes de servicios N°1,2,3,5 y 6 obrantes en e-Parte N°74 y 82, solicitó a la empresa a tomar los recaudos necesarios para cumplir con el periodo contractual de obra (45 días) a razón de una demora en el avance en su ejecución.

Una vez cumplido el plazo para la finalización de obra sin haberse culminado y con solo una ejecución de 23,54%, la inspección de obra corrobora que la misma no se ha terminado en el tiempo estipulado contractualmente e íntima a la contratista que retome la obra para su correspondiente terminación, en su defecto se tomaran las medidas legales y administrativas que correspondan (Orden de Servicio N°3, e-Parte N°72).

A consecuencia de dicha intimación, el representante técnico de la empresa en fecha 20/09/23 informa la decisión de rescindir contractualmente debido al cambio de gestión gubernamental y falta de presupuesto por parte de la comitente.

Posteriormente, se observa que mediante Acta de Reanudación de Obra se acuerda la reanudación de los trabajos a partir del 01/03/24, pactando un plazo de 7 días hábiles para la finalización de la misma, siendo dicho plazo perentorio. Sin embargo, con la prórroga de plazo vencido, la contratista alcanzó solo el 30% de avance de obra de acuerdo al Certificado de Obra N°2, correspondiéndose dicho porcentaje al monto abonado en concepto de anticipo financiero.

A la postre, la empresa solicita la rescisión contractual de común acuerdo alegando la imposibilidad de continuar con la obra atento el contexto inflacionario imperante, la continua suba de precios de los materiales necesarios para la continuidad de la obra y la recurrente negativa de la comitente a proceder a la actualización de precios.

Sin embargo, dicha solitud de rescisión contractual de común acuerdo fue realizada días posteriores a la nueva fecha estimada de finalización de obra (11 de marzo de 2023), sin dar respuesta a las intimaciones realizadas mediante las notas de servicios respectivas (N°5y 6). Es decir que la contratista asumió el compromiso de culminar la obra en un periodo de 10 días hábiles, no acreditando en dicho periodo la imposibilidad de continuar con la obra por el desfasaje inflacionario.

IEB

Es dable recordar, que, al momento de solicitar dicha recisión, la empresa se había comprometido a la finalización de la obra de referencia, alcanzando solamente el 30% de acuerdo al plan de trabajo programado.

De acuerdo al artículo Nº2 del Pliego de Condiciones Generales y Particulares (e-Parte Nº37) 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 Nº9 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 Nº40.

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

[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.-

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 4 meses, desde su reanudación, para una obra estimada en cuarenta y cinco (45) días calendarios de ejecución, con un avance correspondiente al 30% y pagos realizados por el mismo porcentaje, 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 dè 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 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 del nuevo plazo de finalización de obra estimada para marzo de 2024, 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 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;*

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

Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

ILB

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).

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO;

Dra. MARIA ALEJANDRA [illegible]
Asesora General de Gobierno
PROVINCIA DEL CHACO

09 AGO. 2024