Gobierno del CHACO | Asesoría General de Gobierno

IEB

DICTAMEN N°.....832.....

REF: EXPTE. N° E-29-2024-92683-AE

ESTRUCTURA RESISTENTE, ALBAÑILERÍA, REVOQUES, PISOS Y ZÓCALOS, CUBIERTA DE TECHOS, CIELORRASOS, REVESTIMIENTO, CARPINTERÍA, PINTURAS, VARIOS (CARTEL DE OBRA), INSTALACIÓN ELÉCTRICA E INSTALACIÓN SANITARIA EN LA BIBLIOTECA PUBLICA POPULAR N° 79 MARTHA ALCIRA SALOTTI LOCALIDAD SANTA SYLVINA"

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: "Estructura resistente, albañilería, revoques, pisos y zócalos, cubierta de techos, cielorrasos, revestimiento, carpintería, pinturas, varios (cartel de obra), instalación eléctrica e instalación sanitaria" en la Biblioteca Publica Popular N° 79 Martha Alcira Salotti de la localidad de Santa Sylvina", entre el ministerio de educación, cultura, ciencia y tecnología y la empresa Gaña Jorge Eduardo CUIT N° 20-17812360-3, de acuerdo a lo solicitado por la Subsecretaria de Infraestructura Escolar en e-Parte N°59

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°6 Computo y Presupuesto de la obra "Refacción de Cubierta, Sanitarios, Electricidad, Pintura y Mamposteria " en B.P N° 079 - MARTHA ALCIRA SALOTTI de la localidad de Santa Sylvina, Provincia del Chaco, por un monto total de pesos ocho millones ochocientos ochenta y seis mil quinientos cincuenta y seis con 72/100 ($8.886.556,72).

Que en e-Parte N°9 obra Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares.

Que en e-Parte N°10 obra Plan de Trabajo y Curva de inversiones.

Que en e-Parte N°14 obra Pliego de Condiciones Generales y Particulares, mediante el cual se establecen las clausulas legales para la ejecución de la obra: "Refacción de Cubierta, Sanitarios, Electricidad, Pintura y Mamposteria" de la Biblioteca Publica Popular N° 79 Martha Alcira Salotti de la localidad de Santa Sylvina.

Que en e-Parte N°15 obra Disposición N° 48/2023 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°78/23, invitando, como mínimo, a dos o más oferentes.

Que en la e-Parte N°16 obra Acta de apertura de ofertas de Contratación Directa N°78/2023, presentadas por GAÑA JORGE EDUARDO CUIT N° 20-17812360-3 y PRODECO CONSTRUCCIONES S.R.L. CUIT N° 33-70888102-9.

Que en e-Parte N° 22, obra Disposición N°195 de la Subsecretaria de Infraestructura Escolar de fecha 29 de junio de 2023, mediante la cual se adjudica al proveedor GAÑA JORGE EDUARDO CUIT N° 20-17812360-3 por un monto pesos ocho millones ochocientos ochenta y seis mil quinientos cincuenta y seis con 72/100 ($8.886.556,72), por considerar de menor precio a las ofertas propuestas.

Que en la e-Parte N° 23, obra contrata suscripto entre el Ministerio de Educación, Ciencia, Cultura y Tecnología, representado por el Subsecretario de Infraestructura Escolar Sr. Pablo Aguirre, y el proveedor Gaña Jorge Eduardo DNI N°17.812.360.

Que en la e-Parte N°30 obra Certificado de anticipo financiero por un monto de $2.665.967,02 equivalente al 30% del monto total del contrato. Asimismo, en e-Parte N°37 obra constancia de pago del mencionado certificado.

Que en e-Parte N°38 obra Nota de pedido, en fecha 10 de julio de 2023, de la empresa dirigida a la Subsecretaria de Infraestructura

Escolar solicitando la ampliación del plazo de obra en 60 días corridos, en razón a la situación inflacionaria, no pudiendo acceder a precios ni a entrega de materiales para la ejecución de la obra en los plazos contractuales.

Que en e-Parte N°42 obra respuesta del Subsecretario de Infraestructura Escolar en fecha 19 de septiembre de 2024 comunicando a la empresa que "resulta improcedente lo requerido".

Que en e-Parte N°43 surge informe de la inspección técnica de la obra de fecha 4 de octubre de 2023 del cual surge que "*según contrato de locación de obra firmado en fecha 29 de junio de 2023 se pactó como fecha de finalización de obra en fecha 28 de agosto de 2023, corroborando la inspección de la misma que no se ha terminado en el tiempo estipulado contractualmente, por ello se procede a comunicar que retome la obra para la correspondiente terminación de la misma, en su defecto se tomaran las medidas administrativas y legales que correspondan".*

Que en e-Parte N°44 obra constancia de intimación telefónica a la empresa suscripta por la Directora de la Biblioteca y el representante técnico de la Subsecretaria, mediante la cual, atento a no tener respuesta con respecto a la continuidad de la obra y su terminación, se le otorga un plazo de 72 hs. para la finalización de la misma.

Que en e-Parte N°45 se observa Acta de Abandono de Obra suscripta por la Directora de la Biblioteca y el representante técnico de la Subsecretaria, mediante la cual se deja constancia que en fecha 16 de Octubre de 2023 la contratista se ha ausentado de la obra, como así también la ausencia del personal de obra, representante técnico, jefe de obra, materiales, herramientas y maquinarias. Asimismo, exponen que las condiciones climáticas reinantes de los días fueron favorables, no existiendo además motivos o hechos no predecibles que pudieran alterar el normal desarrollo de los trabajos contratados.

Que en e-Parte N°46 obra Certificado de Obra y Foja de Medición de con un porcentaje alcanzado de obra del 35,13%.

Que en e-Parte N°55 obra nota de fecha 3/1/24 suscripta por el titular de la empresa, Sr. Jorge Gaña, por la cual comunica que la empresa requiere rescindir el contrato de común acuerdo, dado que la subsecretaria en ningún momento procedió a la certificación de los trabajos realizados motivo por el cual se vio obligado a paralizar los trabajos de la obra mencionada.

Que en la parte N°58 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 los Pliegos y Bases y Condiciones Generales y Particulares de la Contratación Directa.

Que en e-Parte N°62 obra libro de orden de servicio que oficia de comunicación de hechos, situaciones o eventos que involucren directa o indirectamente a la obra, de la cual surge el Acta de Inicio de Obra en fecha 28 de julio de 2023 (pag. 1).

Que en pag. 4 de la mencionada e-Parte, obra orden de servicio N°2 de fecha 25 de agosto de 2023 en la cual consta que, habiéndose inspeccionado la obra de referencia, no se encontró personal de la empresa, solicitando a la empresa la continuidad de la obra.

Que mediante ordenes de servicios N°3 y 4 (en página 5 y 6 de la e-Parte 62) la inspección solicito a la empresa que retome la obra para la continuidad y terminación de la misma, en su defecto, advierte que se tomaran las medidas administrativas correspondientes.

II. Del análisis de las actuaciones surge que, según el plazo convenido, la obra en cuestión debía ejecutarse en un plazo de noventa (30) días calendario, dando iniciación a la misma en fecha 28/07/2023 mediante la celebración del Acta de Inicio Contractual de Obra. En este sentido, una estimada fecha de finalización de obra correspondía al 28 de agosto del año 2023.

Durante dicho periodo, la Inspección de obra mediante ordenes de servicios N°2,3 y 4 obrante en e-Parte N°62, instó a la empresa a retomar la obra para la continuidad y terminación de la misma a razón de una demora en el avance y paralización en su ejecución, advirtiendo que caso contrario se tomaran las medidas administrativas correspondientes.

Cumplido el plazo para la finalización de obra sin haberse culminado y con solo una ejecución de 35,13%, la inspección técnica de la obra intimó al representante técnico de la contratista en fecha 4 de octubre de 2023, que retome la obra para la correspondiente terminación de la misma atento a que la misma no se ha terminado en el tiempo estipulado contractualmente (e-Parte N°43).

Posteriormente, se observa en e-Parte N°55, que la empresa solicita la rescisión contractual de común acuerdo alegando que la subsecretaria en ningún momento procedió a la certificación de los trabajos realizados motivo por el cual se vio obligado a paralizar los trabajos de la obra mencionada

Sin embargo, dicha pretensión de rescisión contractual de común acuerdo por parte de la contratista fue realizada en fecha 3 de enero de 2024, cinco (5) meses posteriores a la fecha estimada de finalización de obra (28 de agosto de 2023), sin dar respuesta alguna a las distintas intimaciones realizadas mediante las notas de servicios respectivas (N°2,3 y 4).

Si bien la contratista solicito la extensión del plazo contractual por desfasaje de precios, lo hizo previo a la suscripción del Acta de Inicio de obra. Una vez iniciada la obra, consintiendo el plazo y sin reparos al mismo, la empresa asume lo convenido contractualmente. En este sentido, la contratista durante el plazo de ejecución, no puso en conocimiento de la administración la imposibilidad y/o dificultad de continuar la misma por la falta de certificación y/o pagos de los mismos.

De acuerdo al artículo N°2 del Pliego de Condiciones Generales y Particulares (e-Parte N°14) 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.

Consecuentemente, 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).

Por consiguiente, la presentación de la 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°17.

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.

En este sentido, una vez iniciada la obra y durante todo el plazo de ejecución de la misma, la empresa no advirtió el impedimento de concluir la obra, y una vez vencido el mencionado plazo, no respondió a ninguna de las intimaciones realizadas por la inspección de obra mediante las diferentes órdenes de servicio, constatándose el abandono total de la obra en octubre del año 2023.

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].

[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.-

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 un año para una obra estimada en treinta (30) días calendarios de ejecución, con un avance correspondiente al 35,13 % y pagos realizados por el 30% 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 área 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 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 el 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 agosto de 2023, con una causal no excusable (falta de certificación y pagos).

Destacando en lo que aquí interesa, las causales esgrimidas por la contratista (falta de certificación y sus consecuentes pagos) resultan improcedentes para justificar la paralización y el posterior abandono de la obra. La jurisprudencia tiene resuelto que "*La exceptio non adimpleti contractus*" no resulta aplicable en materia de contratos administrativos. El incumplimiento de la Administración no autoriza similar comportamiento al particular contratista. Configura un principio inconcuso en materia de obras públicas que frente a lo que se considera un incumplimiento contractual de la Administración, el contratista no puede rescindir per se el contrato y abandonar las obras. Solamente le asiste el derecho a requerir la rescisión, pero sin interrumpir unilateralmente los trabajos.

Ello por cuanto "la obligación del contratista en materia de obras públicas es de las llamadas de resultado y el comitente tiene la pretensión de obtener la obra completa, exenta de vicios; su prestación es de naturaleza indivisible y como tal no puede cumplirse sino por entero" (conforme S.C.B.A. autos "Empresa P.B.P. y Coimbra S.R.L. v. Municipalidad de Vicente López s/Demanda contencioso administrativa", de fecha 21/V/00). Dicha circunstancia invalida la pretensión de la contratista de esgrimir la falta de pago como justificativa de sus incumplimientos, más aún cuando la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha establecido en consonancia con el criterio arriba expuesto que "*El contratista no puede abandonar las obras, ni aún en el supuesto más extremo puede rescindir per se el contrato, sino que solamente se encuentra autorizado a requerir la rescisión, y ante su negativa o silencio, recién puede requerirla judicialmente*" (SCBA, B 48813 S 9-4-1991 , Luis R. Borian y Cía. SACIFIC c/ Municipalidad de Pila s/ Demanda contencioso administrativa); y que "*No resulta procedente el extremo de abandonar las obras al amparo de un reclamo de rescisión del contrato. No corresponde desinteresarse del cumplimiento contractual mientras la Administración no*

acepte rescindirlo o hasta que no sea decidido judicialmente" (SCBA, B 50145 S 30-7-1991, C.O.P.Y.C. S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda contencioso administrativa).

III. En virtud de todo lo expuesto, en concordancia con la Dirección de Asuntos Jurídicos, y atento los antecedentes de autos que dan cuenta del incumplimiento de la misma, esta Asesoría estima que existen elementos suficientes en orden a tener por acreditadas las causales que justifican la rescisión por culpa del contratista de convenio destinado a la ejecución de la obra encomendada, encuadrando la decisión dentro del Capítulo IX, art. 79º y sgts. de la Ley N° 1182-K- (ex Ley 4990), y específicamente en el art. 80º, inc. b) y c), debiendo darse intervención al Sr. Fiscal de Estado conforme el artículo 6º inc. a) de la Ley Nº1940-A.

A su vez, y en su caso, deberá procederse conforme lo dispone el art.81º y concordantes de la Ley Nº1182-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; 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;

02 OCT. 2024

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