



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Trabajo de Integración Final de ABOGACIA

Aplicación de multas por mora o inejecución en Obras Públicas

Alumno: Yamila L. Fernández **L.U.:** 1028080

Carrera: Abogacía

Tutor: Horacio J. Romero Villanueva **Firma tutor:**

Fecha de presentación: 14/09/2015

Turno de cursada de Seminario de Practica Corporativa: Noche

INDICE

Agradecimientos	4
Summary	5
I. Introducción	6
I.I Objetivos del trabajo	6
I.II Metodología utilizada	6
I.III Estructura del trabajo	7
I.IV Hipótesis y fundamentación	7
II. Desarrollo	8
II.I El Contrato Administrativo	8
II.I.I Concepto	8
II.I.II Contrato de Obra Pública	10
II.I.III Pliegos Generales y Particulares	11
II.I.IV Naturaleza Jurídica	11
II.I.V Tipos de Pliegos	11
II.II Multa	12
II.II.I Concepto.....	12
II.II.II Naturaleza Jurídica	13
II.II.III Tipos de Multas.....	15
II.II.IV La Multa como Método Ejemplificador y de Recaudación	16
II.III Procedimientos	17
II.III.I Procedimiento Certificatorio	17
II.III.II Procedimiento Sancionatorio	19
II.III.III Desfasaje Temporal Entre Procedimientos	19
II.III.IV Análisis de la Primer Problemática	20
II.III.IV.I Doctrina de los Actos Propios y Recepción Provisoria de Certificados de Obra.....	21

II.III.V	Análisis de la Segunda Problemática	22
II.III.V.I	Exceptio Non Adimpleti Contractus	23
II.III.V.II	Desviación del Poder	25
II.III.V.III	Ley de Obras Públicas, Art. 35 ¿Concepción Amplia o Restrictiva?.....	26
II.III.V.IV	Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.....	26
II.III.V.V	Derecho de Retención en el CCCN	28
III.	Conclusión	30
IV.	Bibliografía	32
V.	Anexo	34
V.I	Jurisprudencia	
V.II	Dictámenes PTN	
V.III	Mapa Procedimental	

Dedicado a mis padres, Lidia y Eduardo, a mi jefe, Sr. Diego Moix, a mi tutor, Sr. Horacio R. Villanueva, y particularmente a los retos que la vida me impone día a día.

A estos últimos, les aconsejo cautela. Adoro ser competitiva.

Summary

El presente proyecto de investigación tiene como fin analizar el derecho de retención que poseería el Estado sobre un certificado de obra, toda vez que se pretenda la aplicación de una multa por mora o inejecución de los trabajos encomendados, teniendo en cuenta la aceptación o recepción de sus consiguientes.

Tal es la magnitud de la situación descrita, que las adjudicatarias de licitaciones públicas, sea en el ámbito nacional, provincial o municipal, encuentran un alto grado de dificultad al momento de impugnar no tan solo el cálculo de la multa, sino principalmente el acto administrativo que la origina; el proceso de ejecución se lleva a cabo mediante disparidades de criterios que no terminan de explicar esta contradicción, incumpliendo con el principio rector de *razonabilidad* de los actos estatales, proporcionalidad de las penas, y contradiciéndose a través de la doctrina de los actos propios - "*venire contra factum proprium non valet*", e invirtiéndose por último los roles, atento a la mora acaecida por la administración, según la "*Exceptio Non Adimpleto Contractus*".

Si bien la Ley 13.064 de Obras Públicas provee cuestiones de fondo y forma, las mismas se encuentran descriptas bajo una visión general, no proveyendo de elementos específicos para el tema en cuestión. Por dicho motivo se dará inicio al análisis y aproximaciones originadas de la Constitución Nacional Argentina, conjuntamente con la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, hasta alcanzar el marco y entendimiento del tema en base a dictámenes pertenecientes a la Procuración del Tesoro Nacional.

Así mismo, la presente investigación pretende proveer conclusiones concretas a fin de ayudar a las partes del contrato administrativo, no tan solo durante su existencia, sino también en la etapa precontractual o de negociación, donde se vean descriptas con mayor coherencia las obligaciones y responsabilidades que del tracto deriven.

Vital es entender que hasta en tanto y en cuanto no se incorporen procedimientos normativos que guíen a la administración pública, dotándola de herramientas concretas ante situaciones semejantes, sea estableciendo porcentajes máximos y mínimos para la aplicación de multas, seguirá generando interrogantes en el campo empresarial al momento de impugnarlas.

I. Introducción

I.I Objetivos del trabajo

El procedimiento utilizado para la aplicación de multas en adjudicatarias de Licitaciones Públicas (en adelante L.P.), frente a la inexecución o mora de los trabajos encomendados por la administración, es mera casuística conforme la repartición que la origine, ya que el instituto carece del estudio y análisis en profundidad que merece.

Más aún se complica cuando la administración pública acepta certificados de obra consiguientes al que origina la sanción, sin haberla efectivizado previamente mediante su ejecución.

El objetivo de este trabajo es abordar la línea de tiempo, en cuyo inicio observaremos a la adjudicataria que hace entrega del certificado de obra que origina la multa, hasta su correspondiente ejecución por parte de la administración, a fin de evidenciar un desfasaje en el tiempo donde se prosigue con la aceptación de certificados (sean mensuales, bimestrales, etc.), como también con el avance de obra. En consecuencia, ante la falta de un proceso claro y transparente, se torna necesario desmembrar los diversos factores que interactúan en este circuito, comprenderlos, y finalmente unificarlos de manera tal que nazca un nuevo procedimiento de sanciones que no extralimite al Estado en el ejercicio de una potestad legal de imponer un deber jurídico a un administrado justificándose en facultades discrecionales, y eliminándose ya sea de paso, la configuración de desviación de poder¹.

Se tomará como presupuesto fáctico, que el Estado no suspende las tareas encomendadas a la contratista, como así tampoco la recepción de los certificados venideros que las detallan, toda vez que posea en su haber un certificado de fecha anterior paralizado administrativamente, por motivo sancionatorio.

I.II Metodología Utilizada

Se abordará la presente investigación con una metodología cronológica descriptiva, toda vez que se explique en base a una línea de tiempo el circuito de ejecución de multas y aceptación de certificados. Hacia la segunda parte, resulta menester la utilización de un método analítico descriptivo de diversos dictámenes de la Procuración del Tesoro Nacional,

¹ "El funcionario... pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la administración o del Estado". Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, t. III, 1999, op. cit., cap. IX-24.

como así también de la normativa, jurisprudencia y doctrina invocada a fin de confirmar y avalar la hipótesis propuesta.

I.III Estructura

Se dará inicio a una introducción de los diversos institutos involucrados: en cuanto al derecho contractual, lo atinente a contratos administrativos, de obra pública, pliegos, etc., en cuanto a la multa, será detallada bajo una óptica administrativa y penal.

Una vez asentadas las bases, se contextualizará la sanción administrativa en el contrato de obra pública, por mora o inejecución de los trabajos encomendados, bajo dos procedimientos: el certificatorio y el sancionatorio, lo que ayudará a comprender el nacimiento del derecho de retención y sus dificultades en su práctica.

Por último, se analizarán las cuestiones atinentes a garantías constitucionales, doctrina, y principios contractuales, con el fin de abordar las problemáticas derivadas de la retención de certificados de obra.

I.IV Hipótesis de trabajo

Se investigará el derecho de retención que posee el Estado sobre un certificado de obra, toda vez que se pretenda la aplicación de una multa por mora o inejecución de los trabajos encomendados, teniendo en cuenta la aceptación o recepción de sus consiguientes.

Pretenderé demostrar que este sujeto contractual no posee dicho derecho, toda vez que la administración adolezca de deficiencias temporales que le impida aplicar el proceso sancionatorio con la suficiente antelación a la certificación de los trabajos encomendados. La desviación de poder que conlleva a infringir principios constitucionales, tales como el de razonabilidad y proporcionalidad, y principios contractuales, como la doctrina de los actos propios y exceptio non dimpleti contractus, ocasionarían que la práctica del comitente resulte inconstitucional.

II. Desarrollo del trabajo

II.I El contrato administrativo

II.I.I Concepto

Según el CCCN, Art. 957 - "*Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.*"², o sea, un acuerdo de voluntades libremente expresado por las partes, exento de vicio alguno, cuya consecuencia genera la creación de obligaciones con fuerza vinculante.

Resaltaré el *objetivo en común*: explica Arnaldo de Mendoza que si nos referimos al ejecutor de una obra, sea ésta pública o privada, los efectos se mantienen sin diferencia alguna ya que no persigue solamente el beneficio económico pactado, sino que "*adquiere el compromiso moral y legal de ejecutar el trabajo con toda su capacidad profesional, dando lo mejor de sí*"³. Sin embargo cuando nos apartamos de la mirada civilista contractual y hacemos foco bajo una concepción administrativa, veremos que el compromiso moral y legal es insuficiente debido a no incluir las finalidades públicas a satisfacer, según Marienhoff⁴, o la prestación de utilidad pública, conforme Alterini⁵.

Adentrándome en el contrato administrativo, este es *toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*⁶.

Entre sus elementos encontramos a la *voluntad concurrente del Estado*, sea mediante un órgano estatal, ente o un privado en el cual fuere delegada la función administrativa; los *efectos jurídicos* como atribuciones y obligaciones recíprocas⁷; y las

² Anteriormente, el CC en su Art. 1137 "*Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos.*"

³ Mendoza Torres, Arnaldo, Los contratos de la administración pública, op. cit., p. 13.

⁴ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, "*contrato administrativo puede definirse en los siguientes términos: es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas*", op. cit., t. III-A, p. 8.

⁵ Alterini, A. A., "Contratos civiles comerciales de consumo", "*Se entiende por contrato administrativo "el que la administración pública celebra con otra persona pública o privada, física o jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública (BIELSA).*", op. cit., p. 28.

⁶ Dromi, R., Tratado de Derecho Administrativo, cit. p. 297.

⁷ Dromi, R., Tratado de Derecho Administrativo, "con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos (a diferencia de los simples actos de la Administración) y de manera individual

partes en donde *una está en ejercicio de la función administrativa*, requiere que el comitente sea un ente estatal o no estatal en ejercicio de la función administrativa, ente público no estatal o ente privado, en cuyo caso debió ser delegada el ejercicio de la función administrativa, como se mencionó anteriormente. Así mismo, por parte de la adjudicataria, esta puede ser un particular, sea persona física o jurídica, como un ente público, estatal o no estatal.⁸

En cuanto al objeto de dichos contratos, este debe ser una prestación de utilidad pública, debido a que ambas partes colaboran mediante las atribuciones y obligaciones que los atañe en posibilitar de forma eficiente la ejecución de prerrogativa Estatales. Dicho de otro modo, el Estado requiere de los contratos administrativos para poder funcionar como tal. De los demás elementos esenciales no haré mayor referencia, toda vez que la capacidad surge de la función administrativa o de su misma delegación, como así también de la capacidad general para contratar. Respecto de las formas, se sugieren los contratos escritos ad approbationem, excepto el contrato de obra pública que debe ser realizado bajo procedimientos licitatorios.

Cabe destacar que al contrato administrativo se le aplican los principios generales de la teoría del acto administrativo (elementos, nulidades, vicios, extinción, entre otros) con las particularidades que hacen a la figura contractual. En este orden de ideas adhiero al pensamiento de Cassagne: *“todo contrato celebrado por el Estado en ejercicio de funciones administrativas constituye esencialmente un acto jurídico administrativo”*⁹, siendo este último *“toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”*¹⁰.

Si el contrato administrativo es un acto jurídico administrativo, tendremos un conflicto de caracteres: la bilateralidad del contrato de obra pública vs. la unilateralidad del acto administrativo. Por dicho motivo es importante aclarar que esta distinción se debe según la etapa en que nos encontremos del procedimiento licitatorio: al momento en que la contratista expresa su consentimiento (voluntad N°1), y este consentimiento a su vez es

para cada una de las partes (por oposición a los reglamentos, que producen efectos jurídicos generales)”, op. cit., p. 297.

⁸ PTN, Dictamen, 65/2002, *“Parece contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades puedan aplicarse recíprocamente sanciones ya que, en definitiva, y superando las formas jurídicas que aquél arbitra para su mejor desenvolvimiento, el Estado es uno solo y por consiguiente un razonamiento como el indicado implicaría que éste se aplique sanciones a sí mismo, lo que constituye un verdadero despropósito que la correcta hermenéutica no debe aceptar”*, Tomo: 241, Pág. 15.

⁹ Cassagne, J. C., Derecho Administrativo, Tomo II, pág. 50.

¹⁰ Dromi, R., El Procedimiento Administrativo, p. 138.

aceptado por la administración pública (voluntad N°2), se da origen a un acto administrativo bilateral en su formación y también en sus efectos, pues el pedido del interesado de acogerse a un régimen constituye un presupuesto esencial de la existencia del acto, que también resulta bilateral en sus efectos, conforme a los derechos y obligaciones que nacen para ambas partes.

Ahora bien, previo al consentimiento de las partes, cuando las reparticiones confeccionan los pliegos de condiciones generales y particulares, que si bien los mencionaré más adelante, lo hace de manera *“unilateral y exclusiva, y la circunstancia de los licitantes al formular sus propuestas, deben hacerlo con estricta sujeción a esos pliegos, excepto en lo que hace a la cotización”*¹¹. Como se puede ver, en esta instancia predominan las cláusulas predispuestas, propias del contrato de adhesión, redactadas por el Estado pero con los requisitos esenciales del acto administrativo en sí: objeto, competencia, voluntad y forma, que hacen a la existencia y validez del acto. En tal sentido, la CSJN destaca que si bien *“la fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisibles y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respeta esas pautas estaría viciada de ilegitimidad”*¹²

II.I.II Contrato de obra pública

El contrato de obra pública puede ser definido como *“aquel en el que el Estado Nacional, por sí o actuando a través de entes delegados, encomienda a un tercero (contratista) ejecutar una obra, sea ésta inmobiliaria, mobiliaria o inmaterial, quien asume la obligación principal de resultado mediante la organización de los factores de producción, con miras a satisfacer una finalidad de interés público inmediata o mediata, a cambio del pago de un precio cierto en dinero, determinado o determinable, con afectación de fondos del Tesoro nacional.”*¹³

Es de destacar sus caracteres, por ser un contrato bilateral, oneroso, conmutativo, administrativo, formal, de colaboración, de tracto sucesivo o de ejecución diferida, esencialmente de buena fe, y en cuanto a su sustancia es una locación de obras.

¹¹ PTN, Dictamen, -/1986 - Tomo: 178, Pág. 18

¹² Corte Sup., 22/04/1986, “Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Gobierno Nacional”, Fallos 308:618, considerando 7°.

¹³ Druetta, R. T., Guglielminetti, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, cit., p. 18.

II.I.III Pliegos Generales y Particulares

El proceso licitatorio implica que la administración pública deba preparar los pliegos de condiciones generales, particulares, y de especificaciones técnicas, conforme Art. 4, Ley 13.064, párrafo 2do. Los pliegos conforman *“el conjunto de cláusulas formuladas unilateralmente por el licitante. Las cláusulas especifican el suministro, obra o servicio que se licita (objeto), las pautas que regirán el contrato a celebrarse, los derechos y obligaciones de los oferentes y del futuro contratista (relación jurídica) y las condiciones a seguir en la preparación y ejecución del contrato (procedimiento).”*¹⁴ Por lo tanto, son normas de interés general obligatorias para todos, incluso para la propia Administración.

Ahora bien, estos pliegos pueden ser de tipo jurídico, económico y técnico, y deberán incluir toda la documentación necesaria a los fines de conformar el contrato de obra pública: cómputos y presupuestos oficiales, copias certificadas de planos municipales, modelo de contrata, modelo de acta de inicio, memoria descriptiva, memoria técnica, conformación del presupuesto, procedimiento de selección, adjudicación, garantías, etc.

II.I.IV Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica varía según el tipo de pliego: así, el pliego de condiciones generales es un reglamento administrativo, es decir, *“una disposición jurídica de carácter general, subordinada a la ley, dictada unilateralmente por la autoridad administrativa.”* Su carácter reglamentario *“determinaría su obligatoriedad, tanto para los oferentes como para los licitadores, y la relación jurídica entre las partes del procedimiento de selección sería reglamentaria”*. Diferente es la situación al hablar del pliego de condiciones especiales, ya que el mismo *“sería un acto administrativo, también preparado unilateralmente pero para un contrato determinado, y en todo caso sujeto a la ley y normas de procedimiento para su validez. Este acto administrativo tendría efectos particulares, ya que sólo obligaría a los oferentes en un determinado procedimiento licitatorio.”*¹⁵

II.I.V Tipos de Pliegos

Los pliegos de condiciones generales (P.C.G.) son es el conjunto de cláusulas aplicables a la totalidad de los contratos de una misma categoría. Ejemplo, el

¹⁴ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-A, p. 323.

¹⁵ Correa, Isabel, “Manual de Licitaciones Públicas”, cit., p. 35.

mantenimiento de edificios escolares que se encuentra subdividido en comunas¹⁶; para todas las adjudicatarias este pliego será el mismo, tal como lo será para todos los contratos de obras públicas, suministro, concesión, etc. Su misión es caracterizar el objeto/materia de la contratación. Aquí encontraremos los porcentajes o valores pecuniarios a los fines sancionatorios, lo cual no implica que los pliegos de condiciones particulares no se encarguen luego en detallar dicho instituto en profundidad.

Así, los pliegos de bases o condiciones particulares (P.C.P.) es un cuerpo de cláusulas que contienen las especificaciones relativas a la ejecución de un contrato determinado, acorde a su objeto y necesidad administrativa.¹⁷

Los pliegos técnicos se caracterizan por contener la regulación práctica especial del bien o servicio que se contrata. Son normas relativas a la aceptación, recepción y sustitución de materiales, ensayos, inspecciones en fábrica, técnicas de manipuleo, colocación, construcción, detalles constructivos, etc.¹⁸

II.II Multa

II.II.I Concepto

Al situarnos dentro del contrato administrativo de Obra Pública, se hablará de multas contractuales administrativas, cuya naturaleza jurídica civil será explicada posteriormente, pero adelantaré para una mejor comprensión que, según Claus Roxin, quien sin hacer alusión directa a la multa entiende que *“el injusto criminal merece un especial juicio de*

¹⁶ El P.C.G. para obras mayores, perteneciente al Ministerio de Educación GCBA, expresa en su cláusula 1.1.1: “es objeto del presente pliego establecer en forma clara y precisa las obligaciones que contraen y los derechos que adquieren las partes de los procesos de selección del contratista convocados por el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires dentro del marco de la Ley Nacional de Obras Públicas.13.064, para la contratación de obras públicas superiores a \$500.000. (Art. 1º del Dto. 325-2008)”, op. cit., p. 6.

¹⁷ “Contienen reglas complementarias del pliego de condiciones generales, que detallan las características concretas y particulares del contrato a celebrarse, razón por la cual estos no pueden modificar los pliegos generales. Fiorini, B. A., Mata, I., Licitación..., op. cit., p. 76.

¹⁸ El P.E.T.G. de Obras de Mantenimiento y Obras de Mantenimiento Menores, perteneciente al GCBA, expresa en su cláusula 3.00.2: *“El presente Pliego de Especificaciones Técnicas Generales (PETG) expone las exigencias a cumplir respecto a condiciones técnicas y calidades que deben cumplir los materiales y la ejecución de los trabajos. Estas condiciones serán complementadas y/o ampliadas por el Pliego de Especificaciones Técnicas Particulares (PETP) de la Obra licitada. Conforme a estas especificaciones el oferente deberá elaborar su propuesta y las mismas regirán para la ejecución de los trabajos hasta la Recepción Definitiva de las obras.”*, op. cit., p. 3.

*desvalor ético, mientras que el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia administrativa*¹⁹. Diversos artículos esbozan una definición a primera vista:

Art. 790.- *“Concepto. La cláusula penal es aquella por la cual una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación.”*

Art. 791.- *“Objeto. La cláusula penal puede tener por objeto el pago de una suma de dinero, o cualquiera otra prestación que pueda ser objeto de las obligaciones, bien sea en beneficio del acreedor o de un tercero.”*

Art. 793.- *“Relación con la indemnización. La pena o multa impuesta en la obligación suple la indemnización de los daños cuando el deudor se constituyó en mora; y el acreedor no tiene derecho a otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es reparación suficiente.”*

En este orden de ideas, la multa administrativa conlleva un castigo pecuniario indeterminado hasta la publicación del acto administrativo, cuyo fundamento de ser es la transgresión de una obligación, o sea, conductas que deriven en el incumplimiento de lo pactado. Al tratarse de un contrato administrativo, deriva del incumplimiento por mora o inexecución del tracto, como así también de una disposición administrativa que lo afecte, de manera tal que el castigo sea dar sumas de dinero. Este incumplimiento se vincula de forma directa con la ausencia de colaboración de la adjudicataria para con el Estado en la consecución del bienestar público, que es uno de los requerimientos a satisfacer²⁰.

II.II.II Naturaleza jurídica

Cuando hablamos de multas administrativas, me refiero a sanciones cuya naturaleza jurídica se origina en el derecho civil, excluyendo al derecho penal por predominar el principio de culpa, toda vez que la adjudicataria no obre según lo pactado e incurriendo así en incumplimiento parcial o total. Esto implica que se supera el principio de presunción de inocencia, propio del derecho penal: el art. 35 de la Ley 13.064 es concisa respecto de la mora automática, ya que el contratista incurrirá en mora de pleno derecho

¹⁹ Roxin, Claus, Derecho Penal – Parte General Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito, t. I, Pág. 72.

²⁰ García Herrero, Silvia B., La Sanción Administrativa de Multa, cit. p 2. *“las multas administrativas implican una sanción de índole pecuniaria, que además es objetiva ya que su procedimiento de ejecución es administrativo; no resultando decisivas la existencia de culpa y dolo, pues todo depende de un hecho externo”*, RAP N° 242 – 1998.

por el solo vencimiento de los plazos de ejecución parciales o totales preestablecidos, “sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial.”²¹

Tal es su naturaleza civil que implica el no uso del poder represivo policial: prescinde de las garantías constitucionales que se encuentran previstas para la imposición de una pena. Así mismo, el sujeto pasivo de sanción puede ser una persona física o jurídica (empresas constructoras que adhieran un tipo societario en los términos de la Ley 19.550), amén de contar con un procedimiento de ejecución administrativo tutelado por la jurisdicción contenciosa administrativa²².

Quién explica sistemáticamente la diferenciación de la multa penal de la multa administrativa, es el Dr. Carlos Christian Sueiro, docente de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho (UBA), al señalar que:

MULTA PENAL	MULTA ADMINISTRATIVA
Es una pena y como una genuina pena pública, conlleva todas las consecuencias propias de estar incluyendo su expresión de desvalor ético social.	No es una pena, sino una sanción. Por consiguiente no conlleva las consecuencias de una genuina pena pública ni el desvalor ético social.
MULTA PENAL	MULTA ADMINISTRATIVA
La multa penal como pena debe cumplir con los fines de la pena, ya sean de carácter absoluto (fin retributivo), relativos (fin resocializador, neutralizador, intimidatorio o integrador) o bien negativos (fin político).	Al no constituir una pena, persigue un fin reparador.
Debe estar inserta en una ley penal.	Debe estar contemplada en los diversos tractos administrativos.

²¹ Druetta, R. T., Guglielminetti, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, cit., p. 265.

²² L.O.P. CAPITULO IX - Jurisdicción contencioso-administrativa, Art. 55 – “Todas las cuestiones a que dé lugar la aplicación e interpretación de los contratos de obras públicas, derivadas de los mismos, deberán debatirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, renunciando expresamente los contratistas a toda otra jurisdicción [...]”. La justicia contencioso-administrativa federal se ubica s/Cámara de Apelaciones: Talcahuano 550, CABA, s/Juzgados de 1° instancia: Tucumán1385, Carlos Pellegrini 685, Cerrito 264, libertad 731, todos ellos en CABA.

Como genuina pena pública, la multa debe ser impuesta en un proceso judicial.	La multa administrativa es impuesta por un acto administrativo, <i>declaración universal efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.</i> ²³
Que el acto motivador del castigo pertenezca al derecho penal, empleando como criterio evaluativo mixto cualitativo cuantitativo	Que el acto motivador de la sanción pertenezca al derecho administrativo, empleando como criterio de evaluación un criterio mixto cualitativo cuantitativo.

II.II.III Tipos de multas

Amén de las cuestiones de redacción u omisión que el CC presente en cuanto a la distinción entre “pena” y “multa”, vale aclarar que ambas representan ser géneros de la especie sancionatoria, pero aun así no implican ser sinónimos, tal como se observa a priori en el Art. 793, CC. Marienhoff se encargó de clasificar las sanciones en 3 categorías, para lo cual en la primera de ellas se aprecia ambos institutos diferenciados:

- *Sanciones pecuniarias: cláusula penal, multas, daños y perjuicios;*
- *Medidas coercitivas provisionales: ejecución directa, compra o fabricación por cuenta del proveedor;*
- *Medidas represivas definitivas: caducidad, rescisión unilateral*²⁴.

Se verá entonces que la *cláusula penal* se negocia por las partes en la etapa precontractual, a fin de prever la suma que representará un eventual incumplimiento por daños y perjuicios. Esta cláusula da la facilidad de omitir cuestiones pertinentes a la etapa probatoria de los daños y perjuicios, junto con su posterior valuación; siempre el infractor tendrá certeza plena del monto implicado en su incumplimiento.

Si bien la administración deberá dejar asentado en el contrato de Obra Pública la potestad de aplicación de multas por incumplimientos derivados de la adjudicataria, la primera diferencia con las cláusulas penales es que estas no mencionan valores concretos pecuniarios, sino porcentajes máximos y mínimos, comúnmente escalonados, en los cuales podrán oscilar los valores sancionatorios, cuya justificación será analizada cualitativa y

²³ Dromi, J. R., El procedimiento administrativo, cit., p. 138.

²⁴ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-A, p. 153.

cuantitativamente, conforme del incumplimiento que se trate; el infractor no tendrá certeza del monto implicado.

Así mismo, la multa se enfoca en la conducta, comportamiento o acto mismo del incumplimiento, por lo que carece de una consideración en lo atinente a daños y perjuicios, en contraste con la cláusula penal que adopta los daños y perjuicios derivados del incumplimiento como su fundamento de ser.

Del análisis anterior se infiere la posibilidad de incluir en el contrato administrativo de Obra Pública ambas sanciones: *“la calificación de sanciones pecuniarias, ya sea como cláusula penal sustitutiva de cualquier otra indemnización por retardo o multa adicionable a otras indemnizaciones a favor del comitente, dependerá del alcance del régimen sancionatorio por retardo que la administración defina, en cada caso, en los pliegos”*²⁵.

II.II.IV La multa como método ejemplificador y de recaudación

Los diversos tipos de incumplimientos resultan de los pliego de condiciones particulares, y contemplan tanto las infracciones inmediatas como mediatas, conforme a prácticas de inejecución total o parcial de los trabajos, de manera reiterada, o por mora en la realización de los mismos.

La práctica de la administración y empleo del contrato de obra pública ocasiona la creación virtual de una balanza de equilibrio: por un lado tenemos a una contratista que no le conviene incumplir mucho, ya que las multas por lo general al ser escalonadas, ascendientes, y repercuten sobre el pago del certificado de obra. Por otro lado se encuentra el Estado, que teniendo justificados hechos para iniciar el proceso sancionatorio, sabe que de aplicarlo puede perjudicar económicamente a la contratista, produciendo que esta última llegue aún con mayores dificultades a cumplir sus tareas o servicios en el próximo período: *“en juego uno de los principios liminares en materia de ejecución del contrato administrativo, que es el de la continuidad de la prestación.”*²⁶

Ahora bien, la finalidad de la multa no perece en el simple intento de compeler al cumplimiento, sino también en sentar precedente a las restantes adjudicatarias que consideren variable el incumplimiento, evitando la repetición de conductas antijurídicas.

²⁵ Druetta, R. T., Guglielminetti, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, cit., p. 263.

²⁶ Druetta, R. T., Guglielminetti, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, cit., p. 264.

Este mensaje tiene mayor asidero en épocas electorales, ya que los recursos son escasos y se encuentran asignados anualmente bajo Ley de Presupuesto, lo cual ocasiona que las partidas presupuestarias deban reajustarse, y ser colmadas nuevamente mediante procedimientos externos o indirectos, motivo por el cual, no es de extrañarse que frente a un período de elecciones, la cantidad de multas aumente con el fin de disminuir la fuga de capitales prevista, y que dichos valores retenidos puedan ser utilizados en folletería, pago de fiscales, comunicadores en redes sociales, entre otros.

Por último, el proceso sancionatorio deviene del proceso certificatorio; por dicho motivo no se puede explicar uno sin previamente mencionar el otro.

II.III Procedimientos

II.III.I Procedimiento certificatorio

Se tendrá en cuenta como presupuesto fáctico la entrega mensual de los certificados de obra²⁷ (en adelante “C.O.”). Si bien la administración debe verificar los estados contables que devengan con la presentación del correspondiente C.O., la inspección se aboca a corroborar la correcta ejecución de las tareas o prestación de servicios, para lo cual deberá ser citada a tal efecto. En caso de no presentar deficiencia alguna, el C.O. sigue el correspondiente proceso certificatorio, elevándose el expediente a las diversas reparticiones administrativas involucradas, donde se obtiene la afectación presupuestaria, el dictamen de la oficina legal y técnica, para posteriormente la firma del acto administrativo y pago.

Ahora bien, en caso de presentarse incumplimientos, el Art. 35 de la L.O.P. indica que las *“demoras en la terminación de los trabajos con respecto a los plazos estipulados, darán lugar a la aplicación de multas o sanciones que serán graduadas por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la importancia del atraso, siempre que el contratista no pruebe que se debieron a causas justificadas y éstas sean aceptadas por autoridad competente.”*

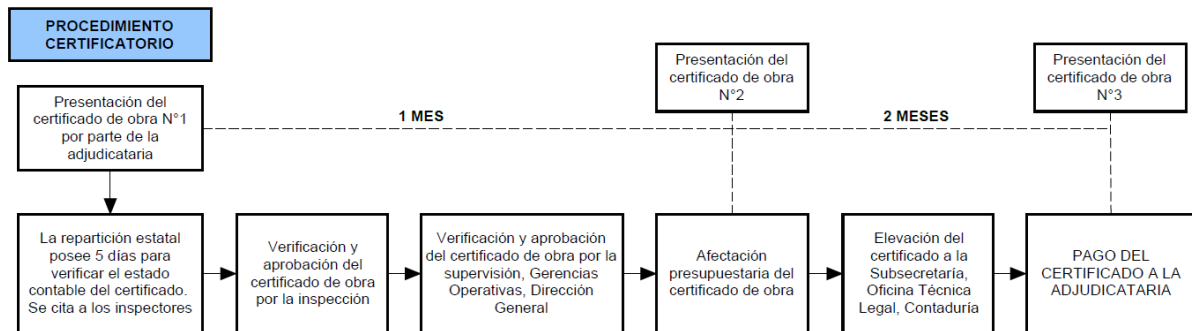
El contratista quedará constituido en mora por el solo hecho del transcurso del o de los plazos estipulados en el contrato y obligado al pago de la multa aplicada, pudiéndosele descontar de los certificados a su favor, de las retenciones para reparo o bien afectar la fianza rendida.”

²⁷ Cuando un C.O. se presenta ante una repartición estatal, esta última le asigna un número de expediente (Ejemplo: EXP. N° 000020/2015), y bajo dicho expediente administrativo cursará tanto la aprobación como pago del mismo.

Toda aplicación de sanciones presupone la posibilidad de conferirle previamente a la adjudicataria, la posibilidad de cumplimiento. Los usos y costumbres de la administración pública generan la redacción de lo que comúnmente se lo conoce como *Orden de Servicio* (en adelante “O.S.”): se trata de un documento público, es un libro rubricado que en caso de robo o extravío, debe ser denunciado ante autoridad policial. Aquí se deja constancia de las intimaciones que la inspección le confiere a la contratista a fin de que en el plazo que atiende a la naturaleza de los trabajos, se inicien los mismos –debido a inejecución total – o se finalicen los mismos – por inejecución parcial –, de igual modo con la prestación de servicios.

La Procuración del Tesoro Nacional se encargó conceptualizar al inspector de obras como *“el técnico que la autoridad competente ha designado para la dirección, inspección o tasación de las obras (...) y es un funcionario público en el sentido que exterioriza o compromete la voluntad estatal. Si bien el medio de expresar su voluntad el inspector de obras es mediante decisiones jurídicas, como son las órdenes de servicio, las que deben ser impartidas por escrito, este principio no es absoluto y puede ceder ante razones de urgencia fehacientemente acreditadas”*²⁸.

Quepa destacar que las O.S. deben ser firmadas así mismo tanto por la inspección como por el representante de la contratista. Vencido el plazo sin predisposición de la adjudicataria en llevar a cabo las órdenes intimadas, bajo el mismo procedimiento se le notifica del incumplimiento.



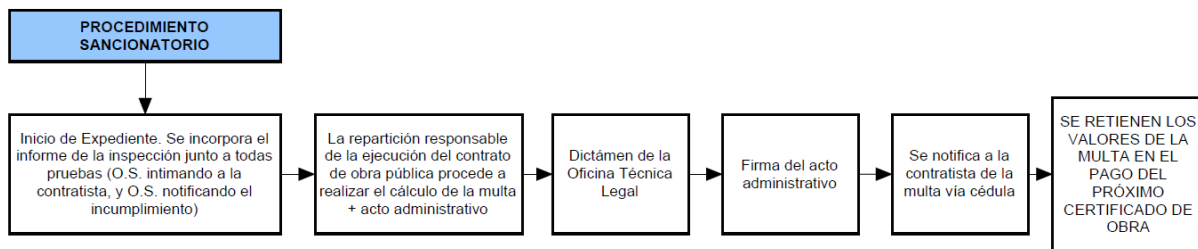
²⁸ PTN, Dictamen, -/1982 - Tomo: 161, Pág. 452

II.III.II Procedimiento sancionatorio

Como se explicó, el procedimiento sancionatorio deviene ante el fracaso de la administración pública en forzar el cumplimiento del contrato. Corresponderá a la repartición responsable de la ejecución del contrato de obra, lo atinente a la apertura de un expediente administrativo, al cual se le incorporará:

- Las O.S. que intiman el cumplimiento y notifican del mismo.
- Los diversos informes de la inspección, en caso de que se considere pertinente. Estos *“merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor”*²⁹
- El cálculo del valor de la multa, según los días de demora en el cumplimiento y cantidad de los mismos.
- Proyecto de acto administrativo aprobando el importe de la multa e indicado el número de C.O. al que se le retendrán dichos valores.

De aquí en adelante se busca que la oficina técnica legal avale con su dictamen la aplicación de la multa, así quién corresponda (Ministro, Subsecretario, Director General, entre otros), firmen el acto administrativo, y se notifique a la contratista en el domicilio legal correspondiente, del mismo.



II.III.III Desfasaje temporal entre procedimientos

A prima facie, es evidente un desfasaje temporal entre el procedimiento certificatorio y sancionatorio³⁰. Surge pues, con la verificación del C.O. por parte de la inspección, los diversos incumplimientos contractuales, y la posterior intimación mediante O.S. a la contratista, a realizar las tareas en el plazo que caracteriza la naturaleza de los trabajos.

²⁹ PTN, Dictamen, 522/2003 - Tomo: 247, Pág. 180

³⁰ Ver Anexo "Mapa Procedimental", p.

Haré especial hincapié en *el plazo que caracteriza la naturaleza de los trabajos*: acorde a los anexos que integran los pliegos técnicos, estos informan los plazos de duración de cada rutina, tarea, servicio. Ejemplo: la limpieza de un taque de agua es una rutina semestral que se ejecuta en un plazo de 24hs, no así el cambio de chapas pertenecientes a una estructura parabólica, que requiere andamiajes, personal capacitado en altura, y conforme a la cantidad de m² que se vea implicados, será la cantidad de semanas que le otorgue la inspección para llevarlo a cabo.

El *primer problema* radica en que, si no se efectúa un informe técnico detallado por parte de la inspección de obra donde conste que la misma se reserva la aceptación y aprobación de las tareas intimadas a su efectivo cumplimiento, ocasionando la retención o paralización del avance del C.O., este último prosigue su trámite hasta el cobro, mientras corre simultáneamente el plazo de la intimación, alcanzando la afectación presupuestaria, el dictamen legal y abono del mismo; el efecto: un descuento pecuniario en C.O. venideros.

El *segundo problema* surge de la propia retención del certificado. Si se emplea esta práctica, con o sin informe de la inspección de obra, hasta la efectiva concreción de las tareas, cuyo plazo puede caracterizarse según su naturaleza de 1, 2, o 3 meses inclusive, la contratista no se encuentra impedida para la presentación de C.O. subsiguientes, por lo que de efectivizarse la multa, el descuento pecuniario se materializaría en el C.O. retenido.

II.III.IV Análisis de la primer problemática

Con referencia al primer problema, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que *“...la ausencia de cobro inmediato de la multa no genera – salvo situación de excepción – ningún perjuicio ni para la administración comitente si hay todavía obra por ejecutar y, por ende, certificados que emitir o pagar, o certificados ya emitidos e impagos, ni para la contratista, ya que ella se aleja de una posible insolvencia futura”*³¹. La CSJN se basa en del 2do párrafo del art. 35 de la L.O.P., atento a que *“el contratista quedará constituido en mora (...) y obligado al pago de la multa aplicada, pudiéndosele descontar de los certificados a su favor, de las retenciones para reparo o bien afectar la fianza rendida”*. La norma citada es susceptible de una doble interpretación:

- El comitente puede optar por descontar la sanción pecuniaria de los C.O. pendientes de pago, del fondo de reparo o de la fianza.
- La norma establece un orden de prelación obligatorio.

³¹ Corte Sup., 21/12/1999, “Tecsa S.A. v. SEGBA S.A., s/contrato de obra pública”

Druetta analiza estas dos cuestiones, avalando la primacía de opción por parte del comitente, *“por cuanto que le permite optar, dentro de un marco discrecional, entre cualesquiera de las alternativas previstas en la norma”*³². En cuanto a su análisis, lo considero incorrecto, atento a que el motivo por el cual se otorga un fondo de reparo es precisamente ante una respuesta por vicios redhibitorios, concluida finalmente la obra.

En este orden de ideas considero pertinente avalar que el comitente se encuentra habilitado por la simple facultad discrecional que le otorga la norma, a emitir un acto administrativo, el cuál exteriorice la oportunidad, mérito y conveniencia de su elección, pero no sobre la alternativa a efectivizar la multa mediante un C.O., fondo de reparo o fianza, sino a elegir sobre cuál C.O. la descontará. La excepción se encontraría en el Art. 2589 del CCCN, donde *“el ejercicio de la retención no requiere autorización judicial ni manifestación previa del retenedor. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.”* Si la retención de un C.O. fuere ilegal, este artículo provee una solución: la administración pública deberá solicitar al juez la autorización de retener las garantías mencionadas, evitando así la paralización del expediente.

Así mismo, si adicionamos *la doctrina de los actos propios, o venire contra factum proprium non valet*, a la cuestión, vemos como su poder discrecional mengua. Por su parte, la P.T.N. dictaminó que *“el certificado final no es un medio u orden de pago, motivo por el cual no importa un pago, sino un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el “quantum” del crédito pertinente del contratista”*³³. El crédito pertinente del contratista dependerá entonces de crédito que a su vez perciba el Estado, en retribución de tareas inejecutadas.

II.III.IV.I Doctrina de los actos propios y recepción provisoria de C.O.

Este principio afirma que *“no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior cuando la misma, interpretada objetivamente según las leyes, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se ejercerá determinado derecho; o cuando el ejercicio posterior del mismo choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.”*³⁴ La implicancia de esta doctrina en el primer problema, genera que, si la multa nace de los incumplimientos del certificado A y se perfecciona en el

³² Druetta, R. T., Guglielminetti, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y anotada, cit., p. 271.

³³ PTN, Dictamen, 87/1995 - Tomo: 213, Pág. 314

³⁴ Dromi, R., “Tratado de Derecho Administrativo”, p. 236.

certificado E, habiendo el comitente recibido y abonado el servicio de los certificados A, B, C y D, se tiene por aceptada la recepción provisoria del C.O., toda vez que implique un devengamiento parcial del porcentaje afectado al pago total del contrato.

Así mismo, entiéndase que *“toda obra pública debe recibirse primeramente en forma provisional hasta que se haya cumplido el plazo de garantía, prueba o conservación que se hubiere convenido; cumplido este plazo, procede la recepción definitiva.”*³⁵, por lo que aparte de constar recibido el C.O., el hecho de recibirlo provisoriamente, implicaría que no se deba retener los importes sancionatorios: para estos casos proceden los C.O. de obra venideros.

En conclusión, es improcedente la aplicación de una multa pecuniaria, cuyo origen se sitúa en un C.O. recibido y abonado, como así también es incorrecta la redacción del Art. 35 de la L.O.P., toda vez que debería excluir la posibilidad de debitar la sanción pecuniaria del C.O. que origina la multa.

II.III.V Análisis de la segunda problemática

Como mencioné anteriormente, la segunda problemática nace de la retención misma del C.O. Suponiendo una visión contable, los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados³⁶, hablan de la *Empresa en Marcha*, cuyo significado alude a la vigencia temporal y proyección a futuro que posee la contratista reflejada en los estados financieros. Por consiguiente, la retención de un C.O. conllevaría el no pago mensual y atentaría contra dicho principio desatendiendo el normal funcionamiento de sus actividades, y el incorrecto ingreso de activos en su registración contable. Como la obra pública se paga mientras se ejecuta, el contrato establece entre las partes una corriente financiera fluida que permita la ejecución de las etapas consiguientes que, de otro modo, difícilmente podrían afrontar las adjudicatarias, ya que los montos de los trabajos superan varias veces el patrimonio empresarial. En conclusión, el interés o fin público, objeto del contrato administrativo, se encuentra limitado al no cumplirse con principio de continuidad en la ejecución de los trabajos.

³⁵ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-B, p. 247.

³⁶ Los PCGA son parámetros a tener en cuenta a la hora de confeccionar estados financieros, conforme a métodos uniformes de técnica contable. Estos se aprobaron en la ciudad de Mar del Plata, en 1965, durante la 7° Conferencia Interamericana de Contabilidad.

Planteado bajo una mirada legal, la retención que se aplica a un C.O. es por un porcentaje no ejecutado, por lo que sobre el porcentaje restante debería proceder su cobro aun si la demora del pago se debe a demoras o inejecuciones de obras. Así, el Art. 48 de la L.O.P. indica que *“si los pagos al contratista se retardasen de la fecha que, según contrato, deban hacerse, éste tendrá derecho a reclamarle intereses a la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina, para los descuentos sobre certificados de obra”*.

La conexión de estas dos realidades es evidente, ya que *“estos pagos tienen su razón de ser en servir de ayuda financiera al contratista para que la obra se ejecute con continuidad. Se produce por tanto una afección del crédito al destino de la obra pública en ejecución”*³⁷. Retener un C.O. implicaría no proporcionar los medios necesarios y suficientes a fin de que la contratista avance en el curso de sus obligaciones.

Importante será entonces hondar en los principios y doctrina que devienen de la conexión planteada.

II.III.V.I Exceptio non adimpleti contractus

Este principio halla sus orígenes en el romano, donde a fin de evitar un injusticia, la parte que requería el cumplimiento del contrato poseía la herramienta de rechazar una demanda alegando la excepción de dolo. Dicha excepción al cumplimiento de los contratos permite mantener el principio de que cada contratante *“sólo está obligado a cumplir su obligación cuando también el otro contratante cumple la suya”*³⁸. Dicha excepción se reglamente en el CCCN, Art. 1031, sobre la suspensión del cumplimiento, donde detalla que *“en los contratos bilaterales, cuando las partes deben cumplir simultáneamente, una de ellas puede suspender el cumplimiento de la prestación, hasta que la otra cumpla u ofrezca cumplir...”*³⁹.

Trayendo a colación el Art. 48 de la L.O.P. en donde el contratista posee el derecho de reclamar intereses ante la mora en los pagos, y así mismo, sabiendo que la retención del C.O. ocasionará la demora en la totalidad del pago (trabajos ejecutados y no ejecutados), implicaría a prima facie una nueva inejecución en trabajos venideros.

³⁷ Juristo Sánchez, R., La Ejecución del Contrato de Obra Pública, cit. p. 393 y 394.

³⁸ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-A, p. 140.

³⁹ CC, Art. 1201.- *En los contratos bilaterales una de las partes no podrá demandar su cumplimiento, si no probase haberlo ella cumplido u ofreciese cumplirlo, o que su obligación es a plazo.* No vigente.

Habrá que analizar si dicho principio es aplicable a los contratos administrativos, y por lo general, encontramos que la doctrina está dividida. La gran mayoría rechaza el uso de la *exceptio non adimpleti contractus* en contratos administrativos, atento a afectar el principio de continuidad de los trabajos. Adhiero particularmente a la minoría, ya que en ciertos supuestos, la adjudicataria se vería posibilitada en invocar este principio, basándose en dos argumentos:

- *“Laubadère considera que el principio de la continuidad del servicio público impide normalmente aplicarla a favor del cocontratante; como excepción admite su procedencia a favor de este último cuando el hecho de la Administración (retardo en los pagos, por ejemplo) torne imposible que el cocontratante cumpla sus obligaciones.*
- *Que el cocontratante tomó a su cargo satisfacer una necesidad pública y debe hacerlo de cualquier manera y a costa de cualquier sacrificio, sea cual fuere el cumplimiento o incumplimiento de la Administración Pública respecto a sus obligaciones de orden económico.”⁴⁰*

Si bien no comparto el primer argumento, debido a que un contrato administrativo puede tener como objeto o no un servicio público, la segunda cuestión es discutible en cuanto a la gravedad del incumplimiento estatal. La retención de un solo C.O. debería implicar una magnitud elevada de valores impagos para la procedencia de dicho principio, pero, suponiendo que la contratista al no percibir el pago del C.O. retenido se vea imposibilitada nuevamente en la concreción del 100% de las tareas encomendadas, constatándose un nuevo incumplimiento con una posterior retención, implica un círculo vicioso donde el Estado mismo a través de la retención de certificados ocasiona la insatisfacción de las necesidades públicas perseguidas por contrato. Estimo conveniente que la empresa se resguarde bajo la *exceptio non adimpleti contractus*, de modo tal no soportar desfases financieros en su contabilidad.

Ahora bien, si nos atenemos a la literalidad del Art. 48 de la L.O.P., este indica que *únicamente* puede solicitarse intereses, pero en ningún momento indica que *“el cocontratante no pueda negarse a cumplir una obligación de la que él, por las circunstancias del caso concreto, esté exento. No se trata, de que el cocontratante le exija algo a la Administración, sino de que aquél se niegue a una exigencia indebida de la Administración Pública. El vocablo “únicamente” (...) no excluye, pues, el ejercicio de un derecho de*

⁴⁰ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-A, p. 140.

*"defensa" por parte del cocontratante, siendo por esto que el citado texto de la ley de obras públicas no impide la posible invocación de la exceptio non adimpleti contractus en los contratos administrativos, propiamente dichos*⁴¹

En síntesis, ejercer el derecho de retención de un C.O., perjudica no tan solo a la contratista, sino también al fin que persiguen los contratos administrativos, o sea, la prestación de utilidad pública. El Estado se convierte en el principal culpable ante una situación que, si en sus orígenes era mala, sumada la carencia de buena fe contractual impidiendo los pagos provisorios, deviene peor.

II.III.V.II Desviación de poder

Conceptualmente, *poder* significa *facultad de obligar o ligar*, concepto amplio que la CN se encargó de condicionar jurídicamente con el fin de que el poder de policía percibido por el Estado halle sus límites ante un posible exceso de poder. *“Las polaridades autoridad y libertad o prerrogativa y garantía implican un equilibrio razonable y prudente de las mismas, de un eficaz sistema de control público, como instrumento impuesto para verificar la correspondencia entre medios y fines*⁴².

Según *Hauriou*, la desviación de poder es *“el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio*⁴³

Así mismo, el Art. 1, de la Ley de Procedimiento Administrativo N° 19.549, en su inc. F, expresa que en el acto administrativo *“habrá de cumplirse con la finalidad que resulte de las normas que otorgan las facultades pertinentes del órgano emisor, sin poder perseguir encubiertamente otros fines, públicos o privados, distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a aquella finalidad.”*

En este orden de ideas, destaco que ante la resolución o disposición administrativa que torne ejecutable la sanción, no atravesará el control de finalidad, ya que como se detalló anteriormente, la correspondencia entre medios y fines se ve desdibujada por inequidad; retener la totalidad de un C.O. cuando la multa se basa en un porcentaje menor, instaura

⁴¹ Marienhoff, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, cit., t. III-A, p. 145.

⁴² Mendoza López, J., La desviación del Poder, p. 311.

⁴³ Hauriou, *Precis de Droit Administratif*, p. 455.

un exceso de poder, una exlimitación de la discrecionalidad del comitente. Explica Dromi que, efectivizado el control de finalidad, deviene la sanción de nulidad conforme a la desviación de poder⁴⁴, argumento que la adjudicataria deberá considerar en caso de impugnar el acto administrativo.

En lo atinente a su prueba, quien alegue la desviación de poder deberá detallar los antecedentes que surgieron de las actuaciones administrativas, y la justicia analizar los términos en que dicho acto nació, con observancia de los dictámenes jurídicos pertenecientes a las oficinas legales y técnicas.

II.III.V.III L.O.P., Art. 35: ¿Concepción amplia o restrictiva?

La literalidad del Art. 35 de la L.O.P. expresa que los valores de la sanción se pueden descontar “... de los certificados a su favor, de las retenciones de reparo o bien afectar la fianza rendida”. Cuando la norma hace alusión de los *certificados a su favor*, se entiende la directiva de materializar el descuento pecuniario de aquellos C.O. que aún no se hayan presentado, en caso de haberlos, ya que de lo contrario se activaría el fondo de reparo, que por lo general es un 5% que se retiene sobre el valor de la cuota a con el fin de responder ante vicios redhibitorios, o de la fianza misma, que apunta a reparar los daños que devienen de una ruptura contractual.

Ahora bien, es fácil la comprensión literal, pero ¿qué interpretación deberíamos otorgarle cuando la naturaleza de los trabajos intimados generan la inmovilidad del expediente y posterior desfasaje temporal?, y así mismo, la búsqueda de ejecución del contrato ¿es fin suficiente para retener un C.O.?

II.III.V.IV Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad

El principio de razonabilidad surge del Art. 28 de la CN y su relación con el Art. 17 del citado cuerpo, ante la protección de la propiedad y la no confiscación de bienes, por lo que requiere una “*adecuada proporción entre el objeto y la finalidad del acto*”⁴⁵ y que la medida implementada deba ser necesaria e imprescindible para lograr un fin legítimo,

⁴⁴ Dromi, J. R., El procedimiento administrativo, “*En consecuencia, la desviación del poder no sólo se presenta como un resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejerce*”, op. cit., p. 235.

⁴⁵ Mendoza López, J. La desviación del Poder, cit. p. 306.

conforme a un análisis de los hechos que motivaron la sanción. *“La alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad. La irrazonabilidad es, entonces una regla sustancial, a la que también se la ha denominado el principio o garantía del debido proceso sustantivo. El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder e, incluso, de los particulares.”*⁴⁶ Así, el acto irrazonable en materia de retención atropella la protección de la propiedad privada, bajo la “tutela” del interés público, razón de ser de la obra pública por el otro, invadiendo el derecho patrimonial del contratista. El derecho de *usar y disponer de la propiedad*, previsto en el Art. 17 de la C.N., es una evidente instrucción a regular en post de que los ciudadanos puedan ejercer el derecho de propiedad, su disposición, uso y goce, sin que un tercero los turbe.

El principio de proporcionalidad, que consiste básicamente en *“la sujeción de la sanción a la realidad casuística y normativa, a los efectos de limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes”*⁴⁷, se desdibuja.

La retención de un C.O., en principio, tiene asidero toda vez que el plazo que se le otorgue a la contratista a fin de llevar a cabo las tareas intimadas, no impliquen una posterior demora por parte del Estado en el pago del mismo. A tal fin, la administración deberá propiciar las garantías suficientes que, debido a plazos prolongados originados por la naturaleza de los trabajos requeridos, el normal proceso certificatorio asegure el pago en los términos emanados del P.C.B., de lo contrario, la retención de un C.O. conlleva una medida irrazonable que excede el motivo originario de la sanción, y prescindible atento que la L.O.P. prevé el descuento en certificados venideros. Así el Estado pasa a ser el nuevo actor moroso conforme Art. 48, L.O.P.

Entendiendo que la multa es una sanción de carácter económico y naturaleza punitiva, rigen a su respecto los principios constitucionales del derecho penal: Art. 18 C.N., por lo que la proporcionalidad de la sanción que emana la administración pública, debe ser igual al daño que cometió la empresa, prescindiendo del dolo o culpa, atento al carácter objetivo de las sanciones administrativas. En otras palabras, la medida adoptada debe ser la más idónea y de menor afectación posible a los derechos implicados en el caso: la retención de un C.O. implica un decomiso temporario del pago parcial de las tareas correctamente ejecutadas, medida desproporcionada, y por consiguiente, inconstitucional.

Se configura la violación a la propiedad privada (Art. 14 y 17 CN), toda vez que el comitente no puede disponer de los valores que correspondan a la proporción de las tareas

⁴⁶ Campos, B., German, J., Manual de la Constitución Reformada, cit., t. I, p. 514.

⁴⁷ Ruiz Pisani, Claudia, Sanciones Administrativas, p. 9.

ejecutadas, la irrazonabilidad del acto administrativo (Art. 28 CN), acorde a no emplear una medida acorde al objeto que se pretende, y por consiguiente, la misma es desproporcionada.

Así mismo, el haber establecido la inconstitucionalidad de esta práctica estatal, responde a las cuestiones planteadas en el apartado anterior, entendiendo que el Art. 35 de la L.O.P. es de interpretación restrictiva, ya que amé del plazo que conlleven la naturaleza de los trabajos intimados, si estos sobrepasan los establecidos del procedimiento certificadorio, y por consiguiente al pago, el Estado se encuentra obligado a movilizar el C.O. cuestionado, a fin de evitar el desfasaje temporal, y por consiguiente, incurrir en mora por el no pago del porcentaje de los trabajos que sí hayan sido ejecutados.

La retención del C.O. como búsqueda de ejecución del contrato, y demás causales, no son motivo suficiente para que el Estado prevea una sanción desproporcionada a los fines que prevé punir una multa administrativa. En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación dictaminó que *“corresponde abonar íntegramente una deuda el Estado por trabajos realizados con motivo de un contrato de obra pública, deuda de la que esta pagar las sumas que han sido incorrectamente desagiadas, por tratarse de obligaciones vencidas y en mora, negar el pago completo sería violatorio de principios constitucionales como el de igualdad ante la ley, el imperativo de afianzar la justicia, el derecho de libre comercio y contratación y el derecho de propiedad.”*⁴⁸

II.III.V .V Derecho de retención en el CCCN

El Artículo 2587 del CCCN indica que tendrá legitimación de ejercer el derecho de retención *“todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos...”*

Acorde a la primer parte del citado artículo, pareciera que el Estado se encuentra en su derecho al retener el C.O., y por consiguiente el pago, hasta en tanto el comitente no cumpla como deudor a ejecutar la obligación a la cual se comprometió, pero basta con preguntarse si el medio por el cuál obtiene la detentación de la cosa es lícito, y con solo mirar el apartado anterior surge la respuesta. Entendiendo un C.O. como el todo de una

⁴⁸ PTN, Dictamen, 54/1991 - Tomo: 196, Pág. 104

etapa, donde el comitente tiene el derecho al pago por los trabajos ejecutados, y una deuda por los que se encuentra en mora, la retención solo sería plausible por el porcentaje de las tareas inejecutadas. Acorde a que el C.O. es un todo, la administración procede a retener así mismo el porcentaje del C.O. que alude a las tareas ejecutadas, configurándose la ilicitud de la cual el Art. 2587 hace referencia.

La diferencia entre el derecho de retención y la exceptio non adimpleti contractus, es que la primera *permite rehusar la entrega de una cosa que es propiedad del demandante*⁴⁹, mientras que la segunda *autoriza a rehusar el cumplimiento de obligaciones que están a cargo de quien la articula*.⁵⁰

Los dos incisos que más importan en cuanto a los efectos de la retención, según Art. 2592 CCCN, son: *“a) Se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudada al retenedor;”* y *“c) no impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta ser satisfecho su crédito;”*. Acorde al Inc. A, el pago de una C.O. puede ser divisible, otorgándose las sumas de dinero correspondientes a las obligaciones satisfechas, lo cual ejercer la retención, sea cual sea la proporción del crédito adeudado, no procede ante el supuesto que se trata. Por otro lado, para que el deudor efectivice su ejercicio de la facultad de *disposición*, conforme Inc. C., debería percibir las sumas de dinero de la totalidad del C.O., redacción nefasta y contradictoria al espíritu de la retención.

⁴⁹ Alterini, A. A., Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo, p. 538.

⁵⁰ Alterini, A. A., Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo, p. 538.

III Conclusiones

Las deficiencias temporales que posee la administración pública atentan no tan solo contra las relaciones contractuales de las cuales participe, sino contra el fin de utilidad pública que persigue otorgando licitaciones. Las cláusulas incorporadas en los P.C.G. y P.C.P. no expresan de manera concreta los procedimientos sancionatorios, solo remiten a la Ley 13.064 de Obras Públicas, que a su vez carece de la incorporación y esquematización de procedimientos que absorban la ineptitud operacional otorgando plazos ciertos. Se generan contratiempos y desfases temporales al no prever que la inspección de obra pueda realizar anticipadamente a la presentación del C.O. por la comitente, la constatación de los trabajos implicados a la etapa contractual. Dicha cuestión se solucionaría modificando la L.O.P.

Así mismo, la práctica varía conforme a la bandera política gobernante; a tener en cuenta será que los recambios políticos en los diversos Ministerios, Subsecretarías y Direcciones Generales, conlleva una renovación del personal que comprende las denominadas “*oficinas privadas*”, por lo que quienes adquirieron conocimiento en determinada materia - obra pública -, son reemplazados por nuevos integrantes que carecen de la *expertise* al caso.

El “derecho” de retención que pretende el Estado sobre un C.O. ante la aplicación de una multa, es una práctica abusiva de su poder de imperio con base en la inconstitucionalidad, avasallando derechos y garantías constitucionales, y sin más, el principio de proporcionalidad. *“La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos.”*⁵¹

Este orden de ideas requiere que una administración rápida, idónea y efectiva, aplique la retención sobre el porcentaje que la adjudicataria incumplió, pero no así sobre el porcentaje de obras ejecutado, de lo contrario se invierten las actuaciones: el Estado pasa de acreedor a deudor sobre las sumas no pagas, conforme 48 de la L.O.P.

Destaco que la multa se debe percibir en los certificados venideros, tal como expresa el Art. 35 de la L.O.P., pero no así de los fondos de reparo, ya que su función es responder ante vicios redhibitorios, ni de la fianza, que responde sobre los daños de la ruptura contractual. Error de redacción normativa: se debió aclarar que el fondo de reparo o la

⁵¹ Yacobucci, Guillermo J., “El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal”, Id Infojus: DACF040067

fianza, solo pueden ser objeto de descuento pecuniario, siempre y cuando el C.O. que genere los incumplimientos contractuales, coincida con la última entrega de las etapas pautadas. Por dicho motivo, creo preferible adoptar una óptica restrictiva.

IV Bibliografía

1. ALTERINI, A. A., Contratos civiles comerciales de consumo, 1ra. ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
2. BARRA, R. C., Contrato de Obra Pública. RAP N° 92, Buenos Aires, de próxima publicación.
3. BIDART CAMPOS, G. J., Manual de la Constitución Reformada, Ediar, Buenos Aires, 2009.
4. CASSAGNE, J. C., Derecho Administrativo, t. I y II, 7ª edición, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
5. CORREA, I., Manual de Licitaciones Públicas, en Cepal Series Manuales N° 21, Naciones Unidas, Chile, 2002.
6. DROMI, R., Tratado de Derecho Administrativo. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.
7. DROMI, R., El Procedimiento Administrativo, Astrea, Buenos Aires, 1986.
8. DRUETTA, R. T., GUGLIELMINETTI, A. P., Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y Anotada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.
9. FIORINI, B. y MATA, I., Licitación Pública, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972.
10. GARCÍA HERRERO, S., TORINO, M., La Sanción Administrativa de Multa. RAP N° 242, Buenos Aires, 1998.
11. HAURIOU, M., Precis de Droit Administratif, 10ª ed, París, 1921.
12. JURISTO SÁNCHEZ, R., La Ejecución del Contrato de Obra Pública, Autor-Editor, España, 1983.
13. LAURÍA, A. M., El Derecho Administrativo Sancionador en el Ordenamiento Jurídico Argentino, EDA, N° 537, 2007.
14. MARIENHOFF, M. S., Tratado de Derecho Administrativo, t. II, III-A y III-B, 4ª edición, LexisNexis – Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
15. MENDOZA LÓPEZ, J. A., La Desviación del Poder, en Estudios de Derecho Público, Edgardo Tobías Acuña..., Asociación de Docentes UBA, Buenos Aires, 2013.
16. MENDOZA TORRES, Arnaldo, Los contratos de la Administración Pública, Uninorte, Barranquilla, Colombia, 2004.
17. MINISTERIO DE EDUCACIÓN GCBA, DGAR, Pliego de Condiciones Particulares – Plan de Mantenimiento en Edificios Escolares, Buenos Aires, 2010.
18. MINISTERIO DE EDUCACIÓN GCBA, DGAR, Pliego de Condiciones Generales – Obra Mayor, Buenos Aires, 2010.

19. ROXIN, Claus, Derecho Penal – Parte General: Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito, T. I, Civitas, Madrid, 1997.
20. RUIZ PISANI, C., Un Buen Fallo y Dos Principios Penales Aplicables a las Sanciones Administrativas [PDF], RAP N° 340, 2007.
21. YACOBUCCI, G. J., El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal [en línea]. Infojus, [ref. 06 de septiembre 2015]. Disponible en Web: <http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf040067>

V ANEXO

V.I Jurisprudencia

**“HOTEL INTERNACIONAL IGUAZU S.A. c/ ESTADO NACIONAL s/
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS”**

Archivo enviado desde AbeledoPerrot OnLine

Citar Lexis Nº 60003354

Tribunal: Corte Sup.

Fecha: 22/04/1986

Partes: Hotel Internacional Iguazú S.A. v. Estado Nacional

Publicado: Fallos 308:618. JA 1987 II 242.

Dictamen del Procurador General

Suprema Corte:

La Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal, civil y comercial confirmó, en lo principal, el fallo del juez de la primera instancia que había hecho lugar a la demanda interpuesta por la adjudicataria de una licitación y condenó al Estado Nacional al pago de una indemnización por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de lo pactado en el contrato que vinculó a las partes.

Contra dicha resolución, el accionado interpuso el recurso extraordinario cuya denegatoria dio lugar a esta presentación directa.

Es jurisprudencia corriente de V.E. la que determina que en atención a su carácter autónomo es menester que el recurso extraordinario sea fundado mediante un preciso relato de los hechos de la causa, de la materia federal en debate y de la vinculación existente entre ésta y aquéllos, con una crítica prolija y circunstanciada de todos y cada uno de los argumentos en que la decisión se apoya para arribar a las conclusiones que motivan los agravios (Fallos: 255:182; 259:436; 263:568; 270:176; 283:404; 299:258; 302:1171; causa "Balaguer, Pedro Tomás y otra c/Flores Carreras, Carlos Manuel", B. 455, L. XX, sentencia del 10 de diciembre de 1985, entre muchos otros).

A mi modo de ver, tales recaudos no se satisfacen con los términos del remedio federal en análisis -comparto, al respecto, el criterio del a quo que en su auto denegatorio de fs. 1131-, en tanto se omite en aquél una completa relación de hechos relevantes del proceso, y las impugnaciones que se efectúan consisten tan sólo en la reiteración de argumentos anteriores en punto a la valoración de elementos de juicio y a la aserción de determinada solución jurídica, sin referencia concreta a los términos del pronunciamiento atacado.

En tales condiciones, opino que corresponde desestimar la queja. - Buenos Aires, 30 de diciembre de 1985. - Juan O. Gauna.

Buenos Aires, 22 de abril de 1986.

Considerando:

1º) Que a fs. 1082/1097 de los autos principales, la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 908/924) que había condenado al Estado Nacional a indemnizar a la actora los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contractuales y del amparo de la legislación específica de fomento (ley 17.752 y sus prórrogas), según los siguientes conceptos: 1- Inversión para proveer agua, energía y servicio sanitario, 2- mayor costo de la construcción, 3- diferencia de costo financiero, 4- reintegro de I.V.A. y 5- productos químicos blanqueadores para lavado de mantelería y blanco. Asimismo, amplió la condena haciendo lugar al reclamo por ausencia de aportes de capitales genuinos, reintegro del I.V.A. hasta el 24 de abril de 1985, aportes previsionales y exenciones arancelarias de la ley 18.575 y lucro cesante. Contra tal pronunciamiento se interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación motiva la presente queja.

2º) Que el tema sustancial de controversia en estos autos giró en torno a los términos del contrato firmado entre las partes los que -según el demandado- se ajustaron exactamente a las condiciones del pliego y -según la actora- se integraron con las especificaciones y tiempos determinados en la nota acompañada al presentar la oferta. Consecuentemente, la contratista fundó su demanda de daños en el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado conforme a las condiciones de la oferta, mientras que su contraparte, desconoció la existencia de la nota y su virtualidad jurídica para modificar las cláusulas licitatorias.

3º) Que tanto el juez de primera instancia como la Cámara consideraron que fue probada la existencia y tenor de la nota cuya copia acompañó la actora y que los tiempos y condiciones en ella establecidos para el cumplimiento de las obligaciones del Estado respecto de la construcción de las obras de infraestructura y desgravaciones impositivas, fueron aceptadas al adjudicar la oferta. Sobre esa base contractual se apoyaron luego las argumentaciones de los a quo en la consideración de los reclamos indemnizatorios.

4º) Que el recurrente tacha de arbitraria la sentencia porque desconoce las normas que rigen la contratación y otorga al silencio de la Administración efectos contrarios a los previstos en la ley 19.549. Sostiene que sólo la adjudicación en los términos autorizados

por el pliego fija las estipulaciones contractuales de la venta del terreno en el que se edificó el hotel.

5º) Que lo relacionado con la interpretación de las disposiciones contractuales y el alcance que el pronunciamiento les atribuye, remiten al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho común extrañas, como regla y por su naturaleza, a la instancia del artículo 14 de la ley 48, salvo el supuesto de arbitrariedad (doctrina de Fallos: 299:229; 302:877; 305:921).

6º) Que en los contratos de la Administración se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre éstos se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél, mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los ofertantes y del adjudicatario.

7º) Que el procedimiento regla en la manifestación de la voluntad contractual administrativa es la adhesión del cocontratante a cláusulas prefijadas por el Estado. La fusión de voluntades se opera sin discusión porque el oferente debe aceptar las cláusulas contractuales preparadas y redactadas por el licitante, en caso contrario, la oferta es inadmisibles y debe ser rechazada, y la adjudicación que no respetara tales pautas estaría viciada de ilegitimidad.

8º) Que, por otra parte, el silencio de la administración es una conducta inapta para ser considerada como una manifestación positiva de voluntad, pues salvo disposición expresa del orden normativo, el silencio debe ser interpretados en sentido negativo (artículos 913, 918, 919, 1145, 1146, del Código Civil y artículo 10 de la ley 19.549). Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara. La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (doctrina de Fallos: 149:218 -último considerando-).

9º) Que, además, es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias o concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos (Fallos: 149:218 -último considerando-).

10º) Que el a quo consideró que la nota del 23 de noviembre de 1972, cuya copia se agregó como anexo 7, referente a las obligaciones asumidas por el organismo estatal en el concurso, fue presentada, formó parte de la oferta de la actora y, en consecuencia, el decreto de adjudicación N° 1714/73 perfeccionó el vínculo contractual de acuerdo con las pautas allí fijadas. Consideró probada la existencia de dicha nota y su tenor, por la constancia de recepción del escrito de presentación de la oferta que hacía mención de ella y por la comunicación del Director General de Planeamiento y Desarrollo, fechada el 31 de mayo de 1973, elementos que constituían -a juicio del a quo- principio de prueba por escrito y que junto a la testimonial eran suficientes para acreditar la autenticidad de la nota, ante la imposibilidad de la contratista de obtener la prueba designada por la ley a raíz de la pérdida del expediente administrativo imputable a la negligencia del Estado (arts. 1191, 1192 y 1193 del Código Civil).

11) Que en atención a los principios y normas de derecho administrativo y reglas de interpretación enunciadas en los considerandos anteriores, las argumentaciones del a quo resultan insuficientes para avalar su conclusión de que las condiciones y tiempos especificados por la contratista fueron aceptados por el Estado Nacional. En efecto, la mencionada constancia de recepción de la oferta sólo hace referencia a una nota de aclaraciones pero no acredita que sea del tenor de la copia que obra en el anexo 7; la declaración de los ex funcionarios sobre la interpretación de las obligaciones asumidas por el Estado Nacional de conformidad con la cláusula 17 del pliego de contratación no constituye un antecedente decisivo en tanto el alcance asignado no coincide con el contenido de los instrumentos contractuales; y la comunicación del 31 de mayo de 1973 (anexo 27) dirigida a la empresa con posterioridad a la adjudicación y antes de formalizarse el contrato, explica las gestiones tendientes a obtener respuesta de los organismos competentes para el cumplimiento de los compromisos que el art. 17 señala a cargo del Estado, y se refiere, sin especificación, a las "fechas en que esa Sociedad estima la prestación de los mismos", lo que evidencia que las partes no consideraron esos tiempos como condición de oferta aceptada.

12) Que aun en la hipótesis de estimar acreditados la presentación y contenido de la nota de aclaraciones y reservas, ella sólo exteriorizaría la voluntad del oferente en cuanto a las precisiones que debían incluirse en el contrato y ser expresamente aceptadas en la adjudicación (confrontar párrafos finales de los artículos 6, 7 y 8 de la nota en copia en el anexo 7), lo que no ocurrió, según lo evidencian los términos del decreto respectivo y los del contrato firmado con posterioridad.

13) Que la sentencia de a quo examinó la pretensión indemnizatoria sobre la base de estipulaciones no incorporadas al contrato lo que en definitiva se traduce en un desconocimiento del convenio real entre las partes, razón por la cual debe ser dejada sin efecto.

Por ello, se hace lugar a la queja y, por no ser necesaria mayor sustentación, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que por quien corresponda se dicte nuevo pronunciamiento. - Augusto C. Belluscio (en disidencia). - Carlos S. Fayt. - Enrique S. Petracchi. - Jorge A. Bacqué.

Disidencia del doctor Belluscio

Considerando: Que el tribunal comparte y hace suyos los fundamentos y conclusión del dictamen del señor Procurador General, el que se da por reproducido por razones de brevedad.

Por ello, se desestima la queja. - Augusto C. Belluscio

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 21 de diciembre de 1999.

Vistos los autos: "Tecsa S.A. c/ Segba S.A. s/ contrato obra pública".

Considerando:

1º) Que contra la sentencia de la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que -al confirmar la de la instancia anterior- rechazó la demanda deducida, la parte actora interpuso a fs. 685/688 vta. el recurso ordinario de apelación que fue concedido a fs. 702. Dicho recurso dio origen al memorial de fs. 742/772 vta., cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 775/777.

2º) Que el remedio intentado es formalmente procedente, toda vez que se trata de una sentencia definitiva recaída en una causa en la que la Nación es parte y el valor cuestionado, actualizado a la fecha de interposición del recurso, supera el mínimo establecido por el art. 24, inc. 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 21.708 y reajustado por la resolución 1360/91 de este Tribunal.

3º) Que Tecsa S.A. -por sí y en su carácter de cesionaria de los derechos y acciones de Norsbe Ingeniería Eléctrica S.A. y Electrificaciones del Norte S.A.- promovió demanda tendiente a obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la arbitraria resolución de los contratos celebrados con Segba S.A., instrumentados en las órdenes de trabajo nros. 3903 y 126.127, que tuvieron por objeto, respectivamente, la construcción de la "Línea Aérea 2 X 220 KV entre S.E. Matheu-Tigre" y la "Construcción Civil, proyecto y montaje electromecánico de la S.E. n° 160 - Rodríguez". Solicitó también el pago de facturas pendientes, y la devolución de las retenciones mal efectuadas por la demandada

en concepto de multas e impuesto al valor agregado (I.V.A.).

4°) Que el juez de la primera instancia dictó sentencia a fs. 563/573 por la que rechazó íntegramente la pretensión, y la cámara de apelaciones la confirmó e impuso las costas a la actora vencida (fs. 641/647).

5°) Que, para así decidir, la sala interviniente consideró que -en lo atinente a la rescisión de los contratos- no parecía irrazonable ni ilegítimo el ejercicio de la facultad resolutoria por parte de la administración, pues más allá de la cantidad de días de atraso en los plazos de ejecución de las obras, y habida cuenta de la necesidad imperiosa de contar con ellas, las reiteradas intimaciones de cumplimiento no satisfechas y la casi total paralización de aquéllas hacía presumir como imposible la superación de esos atrasos en tiempo adecuado para el fin perseguido. Y recordó que la previsión de una causal de resolución para determinados supuestos, no implica que no pueda resolverse un convenio por otros hechos distintos a los expresamente contemplados, ya que el poder de resolución unilateral del contrato administrativo -en caso de culpa o falta grave del contratista- es una prerrogativa que integra el régimen exorbitante, que válidamente la administración puede ejercer aun en el caso de no estar expresamente prevista en el contrato.

6°) Que en lo concerniente a la forma en que se calcularon y compensaron las multas impuestas a la actora, así como al cálculo efectuado en concepto de I.V.A., la cámara entendió que la imposición de las penalidades se sustentó en los pliegos de condiciones de ambas obras, que la compensación con facturas pendientes no había merecido la adecuada crítica por parte del recurrente, y que, en cuanto al supuesto incumplimiento en que la actora pretendía que Segba había incurrido al calcular el impuesto, el solo disenso con el

Corte Suprema de Justicia de la Nación

criterio del juez de grado sin fundamentar razonablemente la oposición, no atendía los requisitos exigidos por el art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por último, la alzada desestimó el reclamo en concepto de certificados impagos con fundamento en la falta de demostración -de acuerdo con lo informado por el perito oficial- de la existencia de facturas pendientes.

7º) Que los agravios de la actora pueden resumirse de la siguiente manera: a) la inadecuada interpretación -parcial y desvinculada de los acuerdos celebrados entre las partes- de la facultad resolutoria general contenida en los respectivos pliegos, que se hallaba condicionada a la cantidad de días de atraso que podía acumularse en cada obra. En tales circunstancias, Segba no tenía facultad para rescindir unilateralmente el contrato, toda vez que la contratista no había excedido los límites de demora que los pliegos de condiciones le concedían. Así, en el caso de la O.T. 3903 el perito de oficio -ingeniero Verón- la determinó en 42 días, y en el de la O.T. 126.127 ni siquiera pudo establecerla, lo que demuestra que no debió ser de gran magnitud; b) la absoluta discrecionalidad del a quo en el ejercicio de la facultad otorgada por el art. 477 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues al tratarse de problemas técnicos y científicos se apartó arbitrariamente del dictamen pericial sin motivo alguno y sin oponer argumentos de igual índole. En desmedro de la actora, el sentenciante apoyó sus conclusiones en los dichos de los propios dependientes de Segba; c) la falsa argumentación acerca de la imperiosa necesidad de contar con las obras en término cuando los hechos posteriores avalaron que esa imperatividad no era tal, ya que -conforme surge de autos- las obras concluyeron aproximadamente nueve meses después del plazo estipulado contractualmente; d) la

omisión de pronunciamiento tanto respecto de la aplicación del I.V.A., como acerca del tema atinente a las certificaciones aprobadas y pendientes de pago; e) la imposición de multas en forma simultánea con la rescisión de los contratos, que determina la acumulación de dos sanciones contradictorias: la primera, que se vincula con la ejecución de un contrato y cuya finalidad es incitar al que incurre en demoras injustificadas a recuperar el tiempo perdido; y la segunda, que es una sanción definitiva. Y, sin perjuicio de ello, la aceptación por la alzada del erróneo cálculo de dichas penalidades no sólo en cuanto al método aplicado sino también a la cantidad de días de atraso arbitrariamente fijada por la demandada.

8º) Que de los pliegos de condiciones de las órdenes de trabajo nros. 3903 y 126.127 surge que -por tratarse de obras de utilidad pública- el plazo de entrega era una condición esencial del contrato (cláusulas 9.1. del Anexo 1, y 10.1. del Anexo I de los respectivos acuerdos). La disponibilidad de aquéllas en término, era de gran importancia para la recepción y posterior distribución de la energía eléctrica que iba a generar la Central Hidroeléctrica de Salto Grande; y, además, pues las obras formaban parte de un esquema mayor que ampliaba la capacidad de recibir energía procedente del sistema interconectado nacional (ver fs. 180).

A su vez, en ambos pliegos se estableció una cláusula resolutoria general según la cual Segba podía resolver el contrato de pleno derecho sin previa intimación para su cumplimiento y proceder ella misma o por intermedio de un tercero a la terminación de las obras, en caso de que el contratista no cumpliera en su totalidad o en parte con las condiciones, responsabilidades, obligaciones legales, garantías, programa de desarrollo de los trabajos y plazos convenidos (cláusulas 18 de los Anexos 1 y I de cada acuerdo).

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por último, y en lo que al sub lite interesa, en el capítulo referente a las penalidades se dispuso que la mora en que incurriere el contratista con respecto a cada uno de los plazos fijados en el programa lo haría pasible de la aplicación de multas, y se estableció que su importe sería deducido de cualquiera de los pagos que Segba debía efectuar. Se fijaron porcentajes para cada semana de demora y se determinó en el caso de la O.T. 3903 (punto 10.1. del Anexo 1) que si el atraso fuera mayor de 2 meses la comitente se reservaba el derecho de rescindir el contrato; en tanto que en la O.T. 126.127 (punto 16 del Anexo II) igual previsión si el atraso era superior a 4 semanas.

9º) Que en lo atinente a la cuestión relacionada con la rescisión de los contratos, resulta relevante señalar, en primer término, que el poder de rescisión -aun cuando no esté expresamente contemplado en el contrato- constituye una prerrogativa que la Administración Pública tiene igualmente por estar ínsita en todo contrato administrativo. Mas la estipulación expresa no resulta enteramente superabundante, pues significa que en los casos que se determinen en los acuerdos de voluntades la rescisión debe sujetarse a lo establecido en ellos.

Del examen de las cláusulas reseñadas surge claramente que la facultad rescisoria de la comitente tiene un alcance mayor al pretendido por la actora, en cuanto ésta la limita a los atrasos máximos tolerables de 2 meses y 4 semanas, para la obras 3903 y 126.127, respectivamente, toda vez que más allá de los plazos estipulados Segba se reservó dicha facultad para el caso de que la contratista incurriera en incumplimiento contractual de las obligaciones asumidas, previsión que no es otra que la que preceptúa el art. 50 de la ley 13.064.

10) Que en ese contexto es que el intercambio postal habido entre las partes y del que da exacta cuenta la sentencia en recurso, revela que en reiteradas oportunidades Segba intimó fehacientemente al contratista a dar cumplimiento a las obligaciones a su cargo; le recordó que la obra se había pactado a "plazo fijo" y que, ante la reiteración de la inactividad laboral, la intimaba a tomar los recaudos necesarios para reiniciar las tareas.

Asimismo, en la orden de servicio n° 53 del 21 de enero de 1981, la comitente hizo saber que, pese al compromiso asumido por Tecsa, en una reunión efectuada entre las partes, de reanudar los trabajos a partir de esa fecha, la inspección constató que no se habían implementado las medidas necesarias para tal fin.

De ahí que resulta razonable el criterio adoptado por Segba al decidir, pocos días después, el distracto frente al incumplimiento por la contratista de las obligaciones asumidas, debiendo tenerse en cuenta que, para ello, la comitente ponderó, según señaló en su contestación, no sólo la lentitud con que se venían efectuando las tareas y la casi nula actividad durante el mes de enero, sino también la creencia justificada, ante las dificultades financieras que le había comunicado la empresa, de que ésta no se hallaba en condiciones de continuar las obras y terminarlas dentro del plazo contractual.

Tampoco puede imputarse ligereza o apresuramiento en el proceder de Segba ya que -como surge de los elementos incorporados- intentó solucionar el problema y colaboró con la empresa al adelantar pagos y materiales. Todas las circunstancias reseñadas se encuentran avaladas no sólo por las propias manifestaciones de la actora en la documentación intercambiada entre las partes y en la demanda, sino también por

Corte Suprema de Justicia de la Nación

las declaraciones testificales producidas en la causa.

Además, no puede dejar de señalarse que, aun colocándose en la postura de la contratista en cuanto a la interpretación restrictiva que formula de la facultad rescisoria de la comitente, tal planteo -al menos con relación a la obra S.E. Rodríguez (O.T. 126.127)- tampoco podría prosperar. En efecto, tanto en la nota fechada el 8 de enero de 1981 como en el escrito de demanda, la actora expresamente señaló que el atraso en la ejecución de esa obra era de 30 días, con lo que se encontraba excedido el límite máximo de 4 semanas previsto en el respectivo pliego (punto 16 Anexo II) y, por ende, válidamente ejercido el distracto cuestionado en autos (ver fs. 57 y 7, respectivamente).

11) Que la recurrente se agravia de la falta de consideración, por parte del sentenciante, de un elemento que determinaría que la rescisión fuese injustificada. Esto es, que "la imperiosa necesidad de contar con las obras en término" resultó ser un argumento inválido, puesto que la realidad mostró que aquéllas concluyeron aproximadamente 9 meses después del plazo estipulado contractualmente.

Al respecto, debe recordarse que el plazo de entrega era una condición esencial del contrato, aceptada por ambas partes, y que hechos posteriores -totalmente ajenos a la relación contractual habida entre Tecsa y Segba- no pueden ser atendidos para valorar las circunstancias que, en su oportunidad, decidieron el distracto.

12) Que la existencia de atrasos en ambas obras es una cuestión fuera de discusión, pues ha sido reconocida por las partes, constatada por el perito ingeniero designado de oficio y puesta de manifiesto en las declaraciones de los testigos. Las discrepancias surgen, en cambio, en cuanto a la cantidad de días de demora producida en cada obra.

La cuestión es relevante no sólo para ponderar la procedencia de la imposición de las multas, sino también para efectuar su cálculo.

En cuanto a lo primero, la totalidad de las argumentaciones de la sala a quo, expuestas en los considerandos VIII a VIII.5 de la sentencia apelada, no han merecido agravio alguno por parte del recurrente, por lo que queda cerrada toda discusión al respecto.

13) Que la actora se agravia, también, acerca de la improcedencia de la acumulación simultánea de la multa y de la rescisión unilateral -como decisiones contradictorias de la administración- ya que el distracto dispuesto es una sanción definitiva que no se compadece y desnaturaliza la finalidad esencial -de compulsión a recuperar el tiempo perdido- de la penalidad pactada.

Si bien es cierto que la reiteración de los planteos o la reedición de objeciones formuladas en las instancias anteriores determinan el rechazo de la apelación; y que la procedencia de un recurso depende de la aportación de nuevos elementos de convicción para rebatir las consideraciones efectuadas en la sentencia, ello no significa que puedan introducirse cuestiones que importen un cambio de la pretensión (conf. Fallos: 311:1989; 317:1365; 321:2473).

En efecto, en la medida en que la actora pretenda que la multa impuesta sólo tiene en cuenta el acto mismo del incumplimiento, como prestación dineraria sustitutiva de la ejecución del contrato, el planteo resulta novedoso en el sub lite, no ha sido sometido a los jueces de la causa con antelación a la consideración del memorial en examen, y por ello, debe ser desestimado, so riesgo de afectar el legítimo derecho de defensa de la contraria.

14) Que, en cambio, la multas aplicadas por Segba -

Corte Suprema de Justicia de la Nación

las que encuentran sustento en los pliegos de ambas obras- tienen por objeto sancionar la conducta o comportamiento del contratista y resultan ser la consecuencia del simple retardo incurrido. No se advierte pues, contradicción alguna entre la pretensión de cobrar la multa impuesta y la rescisión de la relación contractual.

Por otra parte, la ausencia de cobro inmediato de la multa no genera -salvo situación de excepción- ningún perjuicio ni para la administración comitente si hay todavía obra por ejecutar y, por ende, certificados que emitir o pagar, o certificados ya emitidos e impagos, ni para la contratista, ya que ello la aleja de una posible insolvencia futura. De ahí que el agravio acerca de la decisión de Segba de cobrar - mediante la compensación pactada- la multa pendiente en oportunidad de la rescisión de los contratos, no puede tener favorable acogimiento.

15) Que, en cambio, debe prosperar el planteo atinente a la cantidad de días de atraso producida en cada obra, a los fines del cálculo de las multas previstas en cada pliego. El perito designado de oficio -ingeniero Verón- estimó, con relación a la obra 3.903 que, desde el punto de vista de los certificados, el atraso era del orden de los 42 días (respuesta a la pregunta n° 4 de la actora, fs. 344/346). Y respecto de la S.E. Rodríguez -O.T. 126.127- no lo determinó, al atenerse a las propias manifestaciones de la actora, que había reconocido un retardo de 30 días en esa obra (respuesta a la pregunta n° 15, fs. 351 vta.).

En tales condiciones, no resulta ajustado a derecho el criterio adoptado por la sala a quo la que, sin dar fundamento suficiente, se apartó de las conclusiones del experto y admitió la cantidad de días de demora fijada por la comitente.

En consecuencia, debe revocarse este aspecto del

fallo y ordenar que -en la etapa de ejecución de sentencia- se proceda al cálculo correspondiente de las multas y a la compensación con las facturas pendientes, teniendo en cuenta que los atrasos fueron de 42 y 30 días en una y otra obra.

Cabe señalar que para admitir la cantidad de 30 días de demora en la ejecución de la O.T. 126.127, este Tribunal valora no sólo la manifestación espontánea formulada por Tecsa en la nota dirigida a Segba durante el curso del contrato, o sea con anterioridad a la contienda judicial, y que no fue cuestionada en esa oportunidad (a ella se ha hecho referencia en el considerando 10 de la presente), sino también lo que surge de otras constancias tales como la aceptación de aquella cantidad al contestar el experto el punto pertinente (ver fs. 351 vta.).

16) Que, en lo que a las multas concierne, el agravio de la actora acerca de la falta de pronunciamiento de la alzada sobre el indebido cálculo del I.V.A. efectuado por Segba, cabe señalar que la procedencia de las obligaciones fiscales relativas a la obra pública no puede discutirse en el marco de esta demanda contenciosa, puesto que el objeto del litigio no está constituido por la verificación del impuesto al valor agregado devengado con motivo de dicha obra. Por lo demás, la cámara se limitó a convalidar el criterio de que los actores deben efectuar el reclamo administrativo ante el organismo recaudador. En esas condiciones, el tema no reviste el carácter de definitivo que se exige en el marco del recurso ordinario de apelación, pues falta la decisión administrativa que es, a su vez, susceptible de impugnación judicial.

17) Que en cuanto al agravio atinente a la falta de pronunciamiento respecto de otras certificaciones aprobadas y pendientes, sin perjuicio de resaltar que la sala rechazó su procedencia con apoyo en las manifestaciones del perito Verón

Corte Suprema de Justicia de la Nación

acerca de que "de la información obrante en el expediente no surgen aquellas facturas adeudadas" (fs. 354), la ausencia de una crítica concreta, circunstanciada y razonada por parte del recurrente, que dedica apenas unos renglones para sustentar su queja, trae aparejada -en esta cuestión- la deserción del recurso de apelación de acuerdo con lo dispuesto por el art. 280, apartado segundo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Por todo lo expuesto, se confirma parcialmente la sentencia apelada, se la revoca en cuanto a la cuestión tratada en el considerando 15, y se difiere para la etapa de ejecución de sentencia el cálculo de las multas pertinentes. Las costas de todas las instancias se distribuyen, atento el vencimiento parcial y mutuo, en un 70% a cargo de la actora y en el 30% restante a cargo de la demandada (art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.
CARLOS S. FAYT - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT - ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

ES COPIA

V.II Dictámenes PTN

Dictamen 65/2002 - Tomo: 241, Página: 13

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

4 de Abril de 2002

Expediente: 643/99

Número Dictamen: 65

Procurador: RUBEN MIGUEL CITARA

Id Infojus: N0241015

TEMA

Conflictos interadministrativos, cuota omitida, multa (administrativo), multa (penal), Estado Nacional, principio de unicidad, Administración Pública Nacional, bien común, superintendencia de riesgos del trabajo

SUMARIO

En la esfera de las relaciones de naturaleza interadministrativa no resulta procedente la aplicación de multas de carácter penal o administrativo, ya que no resulta admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público entre dos personas que integran la Administración Pública Nacional. Por ello, tratándose de un reclamo articulado por la Superintendencia de Riesgos del Trabajo en el marco establecido por la [Ley N° 19.983](#), contra la Administración de Parques Nacionales, por el cobro de una deuda proveniente de la falta de pago de diversas cuotas destinadas al Fondo de Garantía creado por el [artículo 33 de la Ley N° 24.557](#), la reclamante tendría derecho únicamente al cobro del importe adeudado en concepto de cuota resultante de la afiliación.

En el supuesto de la cuota omitida destinada al Fondo de Garantía, dado el monto del recargo, queda configurada una verdadera multa que, como tal, persigue algo más que allegar un recurso al Estado, ya que tiende a accionar el cumplimiento del pago de las cuotas y lograr el fin específico del Fondo de Garantía que es de indudable interés social (conf. Dict. 239:121, 133, 139 y 145).

Parece contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades puedan aplicarse recíprocamente sanciones ya que, en definitiva, y superando las formas jurídicas que aquél arbitra para su mejor desenvolvimiento, el Estado es uno solo y por consiguiente un razonamiento como el indicado implicaría que éste se aplique sanciones a sí mismo, lo que constituye un verdadero despropósito que la correcta hermenéutica no debe aceptar (conf. Dict.

239:121, 133, 139 y 145).

La actividad de la Administración se encuentra siempre enderezada a la satisfacción del bien común, de manera pues que no resulta admisible presumir en los organismos o entidades que lo integran conductas destinadas a incumplir con las obligaciones legalmente impuestas, presupuesto éste que es el que en definitiva justifica la aplicación de multas (conf. Dict. 237:358, 462 y 476).

CONTENIDO RELACIONADO

Legislación

[LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO Art. 27](#)

LEY 24.557. 13/1995. Vigente, de alcance general

[PROCEDIMIENTO POR RECLAMOS PECUNIARIOS ENTRE ENTES ESTATALES.](#)

Ley 19.983. 29/11/1972. Vigente, de alcance general

Dictamen -/1986 - Tomo: 178, Página: 1

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

0 de Julio de 1986

Expediente: PROVISORIO 102-86-01176-2-0000 C-2020-19446-85

Procurador: MAFFIA, JORGE O. SUBPROCURADOR

Id Infojus: C0178018

TEMA

Contrato de suministros, preadjudicación, impugnación del acto administrativo, planteo extemporáneo, licitación, pliego de bases y condiciones, informe técnico

SUMARIO

1) EL LLAMADO A LICITACIÓN DEBE SER CLARO Y PRECISO, INDICANDO EL ORGANISMO DE LA ADMINISTRACIÓN ANTE EL CUAL SE DEBE CONCURRIR, EL OBJETO DE LA CONTRATACIÓN, EN SUS DETALLES GENERALES Y LOS DEMÁS PUNTOS IMPORTANTES QUE PUEDAN INFLUIR PARA QUE CUALQUIER PERSONA DECIDA SU CONCURRENCIA AL LLAMADO. LOS PLIEGOS DE CONDICIONES CONTIENEN REGLAS DE CARÁCTER IMPERSONAL, YA QUE SIRVEN PARA MANTENER LA IGUALDAD DE LOS OFERENTES SIENDO ADEMÁS LA PRINCIPAL FUENTE DE DERECHOS Y OBLIGACIONES. CUANDO LA ADMINISTRACIÓN CONFECCIONA SUS PLIEGOS DE CONDICIONES, LO HACE DE MANERA UNILATERAL Y EXCLUSIVA, Y LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LOS LICITANTES, AL FORMULAR SUS OFERTAS, DEBEN HACERLO CON ESTRUCTA SUJECIÓN A ESOS PLIEGOS-EXCEPTO EN LO QUE HACE A LA COTIZACIÓN- SON LOS EXTREMOS QUE OTORGAN AL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESE CARÁCTER DE CONTRATO DE ADHESIÓN QUE LA DOCTRINA EN GENERAL LE RECONOCE.

LA PRESELECCIÓN DE LAS OFERTAS ES REALIZADA POR LAS COMISIONES U ORGANISMOS TÉCNICOS QUE DICTAMINAN O RECOMIENDA AL ÓRGANO QUE DEBE ADJUDICAR. PARA QUE LAS OFERTAS SEAN CONSIDERADAS, DEBEN AJUSTARSE ESTRUCTAMENTE A LOS PLIEGOS DE CONDICIONES, CASO CONTRARIO DEBEN SER DESECHADAS POR INADMISIBLES.

Dictamen -/1982 - Tomo: 161, Página: 452

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

28 de Junio de 1982

Expediente: 945.132.

Procurador: CARLOS ALBERTO VAQUER.

Id Infojus: C0161452

TEMA

Contrato de obra pública, mayores costos, inspector de obras, orden verbal, vicio oculto, responsabilidad del contratista

SUMARIO

1) PROCEDE EL RECONOCIMIENTO DE UN MAYOR COSTO FUNDADO EN LA UTILIZACIÓN DE UNA MAYOR CANTIDAD DE MATERIAL EN LA CONSTRUCCIÓN DE LAS OBRAS ENCOMENDADAS.

2) EL INSPECTOR DE LA OBRA ES EL TÉCNICO QUE LA AUTORIDAD COMPETENTE HA DESIGNADO PARA LA DIRECCIÓN, INSPECCIÓN O TASACIÓN DE LAS OBRAS ([CONF. ART. 28 DE LA LEY 13.064](#)), Y ES UN FUNCIONARIO PÚBLICO EN EL SENTIDO QUE EXTERIORIZA O COMPROMETE LA VOLUNTAD ESTATAL.

SI BIEN EL MEDIO DE EXPRESAR SU VOLUNTAD EL INSPECTOR DE OBRAS ES MEDIANTE DECISIONES JURÍDICAS, COMO SON LAS ÓRDENES DE SERVICIO, LAS QUE DEBEN SER IMPARTIDAS POR ESCRITO ([CONF. ART. 29](#), LEY 13.064), ESTE PRINCIPIO NO ES ABSOLUTO Y PUEDE CEDER ANTE RAZONES DE URGENCIA FEHACIEMENTE ACREDITADAS.

NO CABE LA APLICACIÓN ESTRICTA DEL [ART. 31 DE LA LEY 13.064](#) EN CUANTO PERMITE DENEGAR EL PAGO DE TRABAJOS NO REALIZADOS CON SUJECCIÓN AL CONTRATO. ANTES BIEN, LA SITUACIÓN PODRÍA ASIMILARSE A LA CONTEMPLADA EN EL [ART. 37 DE LA LEY CITADA](#), QUE PERMITE CORREGIR ERRORES DEL PRESUPUESTO EN CUANTO A LA EXTENSIÓN O EL VALOR DE LAS OBRAS EN CUALQUIER TIEMPO HASTA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

HAY SUPUESTOS DE EXENCIÓN EN QUE LA ORDEN VERBAL PUEDE SER ADMISIBLE POR EJEMPLO "CUANDO CONDICIONES DE CELERIDAD Y URGENCIA NO PERMITAN LA ADOPCIÓN EN LA FORMA ESCRITA, QUE SIEMPRE SIGNIFICA DEMORA". TAL CRITERIO ENCUENTRA SUSTENTO LEGAL EN EL [ART. 8VO.](#) DE LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.

3) PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA POR LOS VICIOS OCULTOS, LAS DEFICIENCIAS POR ELLOS PROVOCADAS DEBEN EXCEDER LAS IMPERFECCIONES CORRIENTES. PARA QUE RESPONDA POR LA RUINA TOTAL O PARCIAL DE LA OBRA, ÉSTA NO DEBE ORIGINARSE EN LA EXTINCIÓN DEL TÉRMINO DE VIDA ÚTIL DE LA OBRA.

EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN POR RUINA DE LA OBRA ES DE 1 AÑO A CONTAR DESDE QUE ESTA SE PRODUJO ([ART. 1.646](#) CÓDIGO CIVIL, TEXTO SEGÚN LEY 17.711), Y PARA LA DENUNCIA DE LOS VICIOS OCULTOS, UNA VEZ RECIBIDA LA OBRA, EXISTE UN TÉRMINO DE 60 DÍAS A PARTIR DE SU DESCUBRIMIENTO ([ART. 1.647 BIS. CÓDIGO CIVIL](#)).

LA EXISTENCIA DE LOS EVENTUALES VICIOS O RUINA DE LA OBRA Y LA DETERMINACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE SEAN SU CONSECUENCIA, NO OBSTA AL RECONOCIMIENTO DE LOS MAYORES COSTOS.

CONTENIDO RELACIONADO

Legislación

[LEY DE OBRAS PUBLICAS. Art. 2 al 31](#)

Ley 13.064. 29/1947. Vigente, de alcance general

[LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.](#)

Ley 19.549. 3/4/1972. Vigente, de alcance general

[CODIGO CIVIL. Art. 1646 al 1647](#)

Ley 340. 25/1869. Derogada

Dictamen 522/2003 - Tomo: 247, Página: 180

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

23 de Octubre de 2003

Expediente: 5.227.202/87

Número Dictamen: 522

Procurador: HORACIO DANIEL ROSATTI

Id Infojus: N0247180

TEMA

Contrato de obra pública, contratista, indemnización, plazo de ejecución de la obra, ampliación del plazo, obligaciones de dar sumas de dinero, daños y perjuicios, reconocimiento en sede administrativa, cancelación de deudas, desindexación, anulabilidad del acto administrativo, competencia por el grado, vicio de incompetencia, gastos improductivos, ratificación del acto administrativo, caducidad del procedimiento administrativo, informe técnico, plena fe, Procuración del Tesoro de la Nación, competencia, cuestión técnica

SUMARIO

El reclamo de la contratista corresponde encuadrarlo en los [artículos 34, 35 y 39 de la Ley N° 13.064](#) en razón de ser el marco legal adecuado, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio del resarcimiento que se pretende. En efecto, el fundamento del mayor plazo de ejecución de los trabajos se originó en causas no imputables a la contratista, sino en hecho de la Administración y hechos extraordinarios e imprevisibles, circunstancias todas ellas que condujeron a la aprobación por parte de la comitente de distintas ampliaciones del plazo contractual. En virtud de ello, corresponde que se indemnice a la contratista por los perjuicios efectivamente sufridos, con los precios del contrato como indica el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas.

No corresponde la aplicación de la normativa desindexatoria prevista en la [Ley N° 24.283](#), al reclamo planteado por la contratista, toda vez que la Resolución ex MEYOSP N° 763/94, que fue dictada para ordenar los trámites de cancelación de deudas del sector público nacional, determinó que las obligaciones de dar sumas de dinero, reconocidas en sede administrativa, debían seguir su trámite normal de cancelación cuando el mecanismo de pago o de liquidación fuera la [Ley N° 21.392 o el artículo 48 de la Ley N° 13.064](#) (conf. Dict. 229:140; 246:454).

El Decreto N° 3143/83, en su artículo 3° facultó al Director de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina para aprobar, definitivamente en cada caso, las resoluciones de la Comisión Liquidadora de la [Ley N° 12.910](#). Asimismo, el artículo 4° le otorgó atribuciones para aprobar las demasías y economías que se produjeran en la ejecución de las obras públicas a su cargo, cuando éstas no excedieran del 20% del monto original del contrato, actualizado éste a la fecha de consideración de aquellas demasías o economías. Dentro de ese contexto normativo y por tratarse de demasías que superaban el 100% del valor original del contrato, el funcionario mencionado se excedió de la competencia legítimamente conferida. En consecuencia, el acto dictado en tales condiciones, resulta anulable por haber sido emitido por órgano incompetente en razón del grado. Sin perjuicio de ello, la Disposición N° 155/89 emanada del Director General de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina, por la cual se hizo lugar al reclamo por gastos improductivos efectuado por la empresa reclamante al ser ratificada en el año 2001, por Resolución N° 181 del Jefe del Estado Mayor General, es válida, produciendo sus efectos desde la fecha de su dictado. Para la procedencia del saneamiento y, por ende, de la ratificación, es condición indispensable, que el acto administrativo que se pretenda sanear sea anulable; esto es, un acto en el que, en su dictado, se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales. Tal es el caso del vicio de incompetencia en razón del grado, al que la [Ley N° 19.549](#) no incluye entre aquellos vicios que provocan la nulidad absoluta. El artículo 19 de dicha ley no contiene límites temporales para su aplicación, en tanto se trate de actos administrativos anulables, ratificados por el órgano superior.

La ratificación, es el acto por el cual la autoridad competente reconoce como propios los actos realizados por otra autoridad que no era competente para dictarlos, no es un acto constitutivo, sino declarativo de derecho, tiene efectos retroactivos, es decir, que sus consecuencias se proyectan hacia el pasado hasta la fecha de emisión del acto objeto de ratificación (conf. Dict. 237:519; 238:327; 241:184).

El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado; ese vicio es eliminado por la ratificación. En tal sentido, los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro.

Siendo la Disposición N° 155/89, emanada del Director General de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina, un acto administrativo firme y consentido por haber sido debidamente notificada a la empresa interesada y no haber sido objeto de recurso alguno, no se ha operado la caducidad automática contemplada en la [Ley N° 24.447](#), pues la situación se enmarca en las excepciones contenidas en el artículo 2° del Decreto N° 852/95, con la modificación introducida por el Decreto N° 658/95 que estableció que lo dispuesto en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley N° 24.447 no es de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa.

Los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (conf. Dict. 207:343).

La Procuración del Tesoro de la Nación no entra a considerar los aspectos técnicos de los asuntos planteados, por resultar ello ajeno a su competencia; su función asesora se encuentra restringida, en principio, al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones sometidas a su opinión (conf. Dict. 214:134, 246:118).

No es competencia de la Procuración del Tesoro de la Nación emitir opinión sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar dado que ello excedería el ámbito de asesoramiento jurídico que el es propio (conf. Dict. 228:69; 231:9).

CONTENIDO RELACIONADO

Legislación

[Ley 12910](#)

Ley 12.910. 19/12/1946. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia

[LEY DE OBRAS PUBLICAS. Art. 28 al 29](#)

Ley 13.064. 29/1947. Vigente, de alcance general

[LEY DE OBRAS PUBLICAS. Art. 3](#)

Ley 13.064. 29/1947. Vigente, de alcance general

[LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. Art. 1](#)

Ley 19.549. 3/4/1972. Vigente, de alcance general

[ACTUALIZACION DE DEUDAS DE VALOR DEL ESTADO ORIGINADAS EN LA EJECUCION DE CONTRATOS DE LOCACION DE OBRA.](#)

Ley 21.392. 20/1976. Vigente, de alcance general

[LEY DE DESINDEXACION.](#)

Ley 24.283. 24/11/1993. Vigente, de alcance general

[PRESUPUESTO GENERAL DE LA ADMINISTRACION NACIONAL PARA EL EJERCICIO 1995 Art. 21 al 23](#)

Ley 24.447. 23/12/1994. Individual, Solo Modificatoria o Sin Eficacia

[DELEGACION DE FACULTADES SOBRE OBRAS PUBLICAS DENTRO DE SU JURISDICCION AL COMANDANTE EN JEFE DE LA FUERZA AEREA..](#)

Decreto Nacional 3.143/83. 30/11/1983. Vigente, de alcance general

[DEUDA PUBLICA. AMPLIACION DE LA EMISION DE BONOS EXTERNOS. Art. 2](#)

DECRETO NACIONAL 852/1995. 5/12/1995. Vigente, de alcance general

[LEY DE OBRAS PUBLICAS. Art. 4](#)

Ley 13.064. 29/1947. Vigente, de alcance general

TEXTO COMPLETO

Expte. N° 5.227.202/87 FUERZA AÉREA ARGENTINA BUENOS AIRES,23
OCT 2003 SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA
AÉREA:

Vuelven las presentes actuaciones relacionadas con el reconocimiento de gastos improductivos a favor de la firma Benito Roggio e Hijos S.A., contratista de la obra N° 1672 Construcción Aeroestación Tucumán, que dio sustento al requerimiento de pago de deuda consolidada.

- I - ANTECEDENTES DE HECHO 1. Esta Procuración del Tesoro de la Nación se expidió, el 22 de junio de 2000, respecto de la legitimidad de la Disposición N° 155/89, del entonces Director General de Infraestructura de esa Fuerza, por la cual se hizo lugar al reclamo por gastos improductivos efectuado por la citada empresa.

En ese asesoramiento se concluyó que correspondía, por ajustarse a derecho, la ratificación de la mencionada disposición, por el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea (v. fs. 732/735, Dictámenes 233:525).

2. En tal sentido, el 4 de abril de 2001, el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea por Resolución N° 181/01, ratificó la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89 (v. fs. 749/751).

3. Corre agregado a fojas 154 el Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, a favor de Benito Roggio e Hijos y Cia. S.A. por el monto de U\$S 803.420,83.

4. La Unidad Auditoría Interna del Ministerio de Defensa requirió se procediera a adjuntar el certificado de recepción definitiva de obra y, que además, el organismo deudor dejara constancia de haber verificado que, del monto abonado por la ejecución de la obra, se hubieran practicado las deducciones por incumplimiento por parte de la empresa (v. fs. 754).

El primero de los requerimientos fue satisfecho a fojas 758 (v. fotocopia autenticada del Acta de Recepción Definitiva Total); señalando además, que no existía constancia de pago por los conceptos reclamados a favor de la empresa (v. fs. 759).

5. El 17 de septiembre de 2001, la empresa Benito Roggio e Hijos S.A. solicitó pronto despacho de las actuaciones e instó el trámite para que se procediera a la liquidación y pago de los importes reclamados, con más sus intereses (v. fs. 761/762).

6. Llamada a intervenir la Sindicatura General de la Nación efectuó las consideraciones siguientes:

1) Con relación a los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado señaló, que no se habían aportado elementos de juicio que

informaran sobre los motivos que dieron lugar al mayor gasto por ese concepto, para lo cual expresó que resultaba necesario contar con informes técnicos que justificaran las ampliaciones del contrato.

Destacó también la importancia de conocer, si los mayores gastos que dieron origen a la ampliación del plazo, habían sido certificados a valor del contrato o a precio nuevo.

2) En lo atinente a los feriados nacionales imprevistos indicó que, éstos debían haberse contemplado en el plan de obra, habida cuenta que se encontraban regulados por la Ley de Contrato de Trabajo.

3) Respecto a la adecuación del plan de trabajos, por el cambio de la planta de poder señaló que, no se acompañaron los estudios necesarios que sirvieron de base a la disposición que se ordenó en tal sentido.

4) Expresó, con relación al informe de la Comisión de Gastos Improductivos, que correspondía, a fin de totalizar los días improductivos, que el fiscalizado formulara las aclaraciones tendientes a determinar la existencia o no de superposición de ampliaciones del plazo.

5) Indicó que, debían acompañarse los elementos de juicio que acreditaran que el perjuicio había sido causado por razones ajenas al ámbito de la contratista y en que medida fueron deslindadas las responsabilidades de la comitente.

6) Puntualizó, en lo relativo a la cuantificación de la indemnización, que no surgía del Pliego de Bases y Condiciones ningún mecanismo de reconocimiento de gastos improductivos.

7) Señaló asimismo que, si bien las disposiciones autorizaron la ampliación del plazo de la obra, no se habían demostrado las razones técnicas en que se sustentaron esos actos.

Agregó que, no surgía la justificación del método utilizado para calcular los gastos generales que se reconocieron.

8) Otra de las consideraciones se refiere a la aplicación y acreditación de los extremos exigidos por el Decreto N° 1186/84, que se encuentran a cargo de la contratista debiéndose adjuntar los certificados y sus respectivos comprobantes de pago.

9) Destacó también que, el organismo deberá expedirse acerca de las facultades del Director General de Infraestructura para crear obligaciones en cabeza del Estado Nacional, cuando dispone mayores gastos.

10) Formuló observaciones a los Formularios de Requerimiento de Pago de fojas 309 y 154.

11) Por lo demás, consideró necesario la verificación del cumplimiento de la Ley N° 24.283, indicando que debía requerirse al Organismo deudor la confección de una memoria descriptiva de la obra a la fecha de corte; y que, los gastos improductivos reconocidos, por Disposición DGI N° 155/89, debían calcularse sobre el monto total del contrato a valores del mes de noviembre de 1981 (v. fs. 774/777).

7. La Subdirección de la Dirección de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina informó que, toda la documentación que acreditaba los motivos que dieron origen a los mayores gastos se encontraba agregada a las actuaciones, así como los antecedentes referidos a la aplicación del Decreto N° 1186/84. Señaló que, en esa Subdirección, no existían copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999 (v. fs. 779).

Por su parte, el Departamento Logística de la Dirección de Infraestructura y la Comisión Liquidadora Ley N° 12.910, informaron que no contaban con antecedentes sobre el particular (v. 790 y 791).

En el mismo sentido informó la Dirección de Infraestructura, agregando además que, de considerarse insuficiente la resolución ratificatoria del Jefe del Estado Mayor General, debía darse traslado a la Dirección General de Asuntos Jurídicos (v. fs. 792).

8. El Departamento Asuntos Administrativos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina destacó que, los artículos 1° y 2° del Decreto N° 852/95 no se refieren a cuestiones de competencia y que, el reconocimiento no versa sobre mayores gastos sino sobre gastos improductivos, encuadrados en el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas (v. fs. 794).

9. En una nueva intervención la Sindicatura General de la Nación, insistió respecto de la necesidad de contar con la documentación solicitada, a fin de acreditar el daño sufrido por la reclamante.

Puso de manifiesto que, en atención a que el crédito en cuestión tenía su origen en el reconocimiento de gastos improductivos derivados de la ejecución de la obra, se entendía necesario que el Jefe del Estado Mayor General de la Institución se expidiera, mediante el pertinente acto, respecto de la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89.

Indicó que, el Decreto N° 3143/83 delegó en el Director General de Infraestructura de la Fuerza, la facultad de aprobar demasías y/o economías del contrato, cuando no excedieran del 20% de su monto original, agregando además que, el dictado de la resolución ratificatoria demostraría que el acto emitido por el citado Director General no había resultado hábil o suficiente, razón por la cual el mismo habría carecido de las características de reconocimiento firme en los términos del art. 2° del Decreto N° 852/95.

Entendió que, correspondería efectuar un análisis de las actuaciones a la luz de la Ley N° 24.447, destacando que, había existido inactividad por parte de la empresa, entre el 27 de julio de 1999 y el 14 de abril de 2000.

Por último manifestó que, debía agregarse documentación de inventario que acreditara que los elementos alternativos por ella solicitados, se encontraban en el siniestro ocurrido en el organismo el 6 de abril de 1999 y que, en caso de superarse la cuestiones planteadas, debía volver a ese órgano de control con toda la documentación respaldatoria solicitada (v. fs. 796/798).

10. La Dirección General Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina, entendió que a las presentes actuaciones, correspondía encuadrarlas en el artículo 39 de la Ley N° 13.064, por tratarse del reconocimiento de gastos improductivos de naturaleza indemnizatoria.

De otro lado consideró al Director de Infraestructura competente en razón de la materia, territorio y tiempo para el dictado del acto conforme al Decreto N° 3143/83, en razón de que ese decreto expresamente le delega tales facultades.

Expresó, por otra parte que, cuando un acto administrativo es dictado por un órgano incompetente en razón del grado, el acto emitido en tales condiciones, produce sus efectos desde la fecha de su emisión, teniendo, por lo tanto, su posterior ratificación efectos retroactivos.

Estimó que, no era de aplicación al caso el artículo 26 de la Ley N° 24.447, sino el régimen de excepción establecido en el artículo 2° del Decreto N° 852/95.

Finalmente, en razón de las observaciones formuladas por el órgano de control y del interés fiscal comprometido, consideró necesaria la intervención de esta Procuración del Tesoro; criterio que compartió esa Jefatura del Estado Mayor General, girando las actuaciones a este Organismo Asesor a fojas 804 (v. fs. 801/801).

- II - MOTIVO DE LA CONSULTA La consulta efectuada en los términos de lo dispuesto en el artículo N° 57, inciso 3°, apartados a) y b) del Decreto N° 4093/68 (Reglamentación de Justicia Militar para el Estado Mayor General de la Fuerza Aérea-RLA 6ª-), se circunscribe a analizar las Notas Nros. 3063/02 y 3180/03, por las cuales la Sindicatura General de la Nación efectuó observaciones a la Disposición emanada del Director General de Infraestructura N° 155/89.

- III - ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA Me referiré a las consideraciones efectuadas por la Sindicatura General de la Nación alterando el orden por ella asignado, a fin de lograr una mejor comprensión del tema en análisis.

1. En recientes asesoramientos del 8 de julio y del 14 de agosto del corriente año, en el que se trataron cuestiones análogas a las del presente caso, esta Casa se pronunció con relación al Decreto N° 3143/83 (B.O. 6-12-83) (Dictámenes 246:118 y 454).

En ellos se indicó que, la citada norma en su artículo 3°, facultó al Director General de Infraestructura de esa Fuerza para aprobar, definitivamente en cada caso, las resoluciones de la Comisión Liquidadora de la Ley N° 12.910.

Agregando que, el artículo 4° le otorgó atribuciones para aprobar las demasías y economías que se produjeran en la ejecución de las obras públicas a su cargo, cuando éstas no excedieran del 20 % del monto original del contrato, actualizado éste a la fecha de consideración de aquellas demasías o economías.

Dentro de este contexto normativo y, por tratarse en el caso, de demasías que superaban el 100% del valor original del contrato, el funcionario mencionado se excedió de la competencia legítimamente conferida.

En consecuencia, el acto dictado en tales condiciones, resulta anulable por haber sido emitido por órgano incompetente en razón del grado.

1.1. Cabe tener presente que la Ley de Procedimientos Administrativos faculta

a la Administración para sanear actos de esta naturaleza, recurriendo al remedio de la ratificación por el órgano superior jerárquico, siempre que la avocación, delegación o sustitución fueran procedentes (v. art. 19, LPA).

En efecto, para la procedencia del saneamiento -y, por ende, de la ratificación-, es condición indispensable, como ya se ha señalado, que el acto administrativo que se pretenda sanear sea anulable; esto es, un acto en el que, en su dictado, se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales (confr. art. 15 LPA).

Tal es el caso del vicio de incompetencia en razón del grado, al que la Ley N° 19.549 no incluye entre aquellos vicios que provocan la nulidad absoluta.

Siguiendo esta línea argumental, el artículo 19 de la Ley N° 19.549, que prevé el saneamiento del acto administrativo anulable a través de la ratificación, no contiene límites temporales para su aplicación, en tanto se trate de actos administrativos anulables, ratificados por el órgano superior.

La ratificación, es el acto por el cual la autoridad competente reconoce como propios los actos realizados por otra autoridad que no era competente para dictarlos, no es un acto constitutivo, sino declarativo de derechos, tiene efectos retroactivos, es decir que sus consecuencias se proyectan hacia el pasado hasta la fecha de emisión del acto objeto de ratificación (v. LPA, art. 19, último párrafo) (Dictámenes 237:519; 238:327 y 553 y 241:184).

El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, ese vicio es eliminado por la ratificación.

En tal sentido, la ratificación mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, es decir, que los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro (confr. Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Cap. XII-14 y ss., Ed. Macchi, 1987).

De los precedentes parcialmente reseñados, se sigue que la Disposición N° 155/89, emanada del Director General de Infraestructura y ratificada, en el año 2001, por Resolución N° 181 del Jefe del Estado Mayor General, es válida, produciendo sus efectos desde la fecha de su dictado.

2. Sentado lo que antecede cabe analizar si en estas actuaciones se ha operado la caducidad automática de la Ley N° 24.447.

El artículo 2° del Decreto N° 852/95, con la modificación introducida por el Decreto N° 658/95 (B.O. 1-11-95), en lo aquí interesa, estableció que Lo prescripto en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley N° 24.447 no es de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa...

En este contexto normativo, cabe señalar que, la Disposición DGI N° 155 del 14 de septiembre de 1989, reúne los caracteres de acto administrativo firme y consentido, por haber sido debidamente notificada a la empresa interesada el día 18 de aquel mismo mes y año (v. fs. 115/116, Cuerpo I) y, no haber sido objeto de recurso alguno.

Por lo precedentemente expuesto y en atención a la conclusión arribada en el punto 1. del presente Capítulo, la solución al presente caso, se enmarca en las excepciones contenidas en la norma anteriormente transcrita, razón por la cual, considero, que en estas actuaciones no se ha operado la caducidad automática contemplada en la Ley N° 24.447.

3. En lo atinente a las consideraciones efectuadas por la SIGEN en relación con: a) los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado; b) que no se hubieran acreditado los motivos por los cuales los feriados nacionales se tornaron imprevistos para la contratista; c) la adecuación del plan de trabajo por la planta de poder; y d) atrasos en los pagos, por aplicación del Decreto N° 1186/84, corresponde reiterar aquí, todo lo expresado en el punto 2. del Capítulo II del dictamen de esta Casa del 22 de junio de 2000 (v. fs. 732/735).

Ello así, teniendo en cuenta en primer término que, en aquel asesoramiento se merituaron las razones que dieron sustento y justificación a la ampliación del mayor plazo contractual y, que fueron, por lo demás, el fundamento de las distintas disposiciones que avalaron la prolongación del contrato.

De otro lado tampoco puede soslayarse, la existencia de informes de organismos técnicos con competencia en la materia, que han analizado el reclamo de la contratista y la documentación que acredita los mayores gastos en que ha incurrido la empresa con motivo de la ampliación de los plazos de ejecución de la obra y que condujeron finalmente, al dictado del acto administrativo de reconocimiento de la petición.

En tal sentido ver especialmente: informes de la Comisión de Gastos Improductivos de fojas 35/86, en el que se merituyó los distintos actos administrativos que otorgaron prórrogas contractuales, por lluvias y feriados nacionales, factores meteorológicos adversos, reconocimiento de mayores gastos, mora en los pagos (Dto. N° 1186/84) y, 110/113 del Cuerpo I; Disposición DGI N° 155/89 obrante a fojas 115; Carta de Amparo del Director General de Contabilidad y Finanzas de la Fuerza Aérea Argentina de fojas 155.

Al respecto corresponde recordar que, este Organismo Asesor ha señalado reiteradamente que no entra a considerar los aspectos técnicos de los asuntos planteados, por resultar ello ajeno a su competencia; su función asesora se encuentra restringida, en principio, al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones sometidas a su opinión (Dictámenes 214:134; 246:118).

En distintos asesoramientos, también esta Procuración del Tesoro ha sostenido que, los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Dictámenes 207:343).

Al no apartarse, en principio, los informes de que dan cuenta estas actuaciones, de las condiciones arriba indicadas, debe entenderse que ha sido probado oportunamente el perjuicio sufrido por la reclamante.

4. La situación en análisis, como ya se expresara en la anterior intervención de esta Casa del 22 de junio de 2000, corresponde encuadrarla en los artículos 34, 35 y 39 de la Ley N° 13.064 en razón de ser el marco legal adecuado, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio del resarcimiento que se pretende.

En efecto, el fundamento del mayor plazo de ejecución de los trabajos se

originó en causas no imputables a la contratista, sino en hechos de la Administración (aplicación del Decreto N° 1186/84, alteraciones en la obra, feriados nacionales) y hechos extraordinarios e imprevisibles (factores climáticos adversos), circunstancias todas ellas que condujeron a la aprobación por parte de la comitente de distintas ampliaciones del plazo contractual.

De lo que vengo de exponer, corresponde que, en el caso, se indemnice a la contratista por los perjuicios efectivamente sufridos, con los precios del contrato como indica el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas.

5. En lo atinente a la Ley N° 24.283 (B.O. 21-12-93), se observa que no resulta pertinente su aplicación, por tratarse de una deuda dineraria reconocida en sede administrativa y su liquidación encontrarse sujeta a la actualización de la Ley N° 21.392 (confr. art. 2°, Resolución ex MEYOSP N° 763/94 (B.O. 24-6-94)).

En tal sentido, este Organismo Asesor ha sostenido antes de ahora que no corresponde la aplicación de la normativa desindexatoria prevista en la Ley N° 24.283, al reclamo planteado por la contratista, toda vez que la Resolución ex MEYOSP N° 763/94, que fue dictada para ordenar los trámites de cancelación de deudas del sector público nacional, determinó que las obligaciones de dar sumas de dinero, reconocidas en sede administrativa, debían seguir su trámite normal de cancelación cuando el mecanismo de pago o de liquidación fuera la Ley N° 21.392 o el artículo 48 de la Ley N° 13.064 (v. Dictámenes 229:140; 246:454).

6. Respecto a la falta de documentación relacionada con la mano de obra y amortización de equipos, es de destacar que no existen otros elementos de juicio que los integrados al expediente, y los señalados en los informes de la Inspección de Obra (v. fs. 789/791) En consecuencia, es pertinente en estas actuaciones recordar lo expresado en Dictámenes 246:454 en lo referente a la inexistencia de registros contables que reflejaran la exigibilidad de las deudas con los particulares, expresando que sólo se había podido efectuar la verificación por parte de la Auditoría Interna, de los cálculos de las sumas a consolidar, mediante cálculos globales de consistencia de la información volcada que dan sustento a la deuda reclamada, a partir de las determinaciones de trabajos y valores efectuados por las áreas técnicas competentes.

Lo señalado permite afirmar que, el procedimiento utilizado para la determinación de la deuda fue adecuado y que conlleva a la razonabilidad del crédito pendiente de cobro a favor de la empresa.

7. En relación con los certificados y documentación de inventario, a que hace referencia la SIGEN en el punto 8. de fojas 776 y en el punto 4. de fojas 797,-según se expresa a fojas 779-, no existen copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999; siniestro que también fue la causa determinante de la inexistencia de la documentación de inventario, conforme se expresara a fojas 443, del Expediente N° 5.255.857 del Registro de esa Fuerza.

En punto a lo señalado reitero lo expresado en Dictámenes 246:454, en el sentido que no resulta pertinente pronunciarme sobre esta cuestión, ello en atención a que, no es competencia de este Organismo Asesor emitir opinión sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar dado que ello excedería el ámbito de asesoramiento jurídico que le es propio (Dictámenes 228:69; 231:009).

8. Finalmente, respecto a las observaciones formuladas por el Órgano de Control al Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, agregados a fojas 154, se advierte que en el campo 5, puede leerse el número de expediente, así como el número de la obra y su denominación.

En relación con la otra observación formulada estimo que la aclaración es competencia de la Dirección General de Administración Financiera de la Fuerza Aérea Argentina.

- IV - CONCLUSIÓN En el sentido expresado, dejo expuesta mi opinión.

HORACIO DANIEL ROSATTI PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACION
DICTAMEN N°: 522 Expte. N° 5.227.202/87 FUERZA AÉREA ARGENTINA
BUENOS AIRES, 23 OCT 2003 SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR
GENERAL DE LA FUERZA AÉREA:

Vuelven las presentes actuaciones relacionadas con el reconocimiento de gastos improductivos a favor de la firma Benito Roggio e Hijos S.A., contratista de la obra N° 1672 Construcción Aeroestación Tucumán, que dio sustento al requerimiento de pago de deuda consolidada.

- I - ANTECEDENTES DE HECHO 1. Esta Procuración del Tesoro de la Nación se expidió, el 22 de junio de 2000, respecto de la legitimidad de la Disposición N° 155/89, del entonces Director General de Infraestructura de esa Fuerza, por la cual se hizo lugar al reclamo por gastos improductivos efectuado por la citada empresa.

En ese asesoramiento se concluyó que correspondía, por ajustarse a derecho, la ratificación de la mencionada disposición, por el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea (v. fs. 732/735, Dictámenes 233:525).

2. En tal sentido, el 4 de abril de 2001, el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea por Resolución N° 181/01, ratificó la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89 (v. fs. 749/751).

3. Corre agregado a fojas 154 el Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, a favor de Benito Roggio e Hijos y Cia. S.A. por el monto de U\$S 803.420,83.

4. La Unidad Auditoría Interna del Ministerio de Defensa requirió se procediera a adjuntar el certificado de recepción definitiva de obra y, que además, el organismo deudor dejara constancia de haber verificado que, del monto abonado por la ejecución de la obra, se hubieran practicado las deducciones por incumplimiento por parte de la empresa (v. fs. 754).

El primero de los requerimientos fue satisfecho a fojas 758 (v. fotocopia autenticada del Acta de Recepción Definitiva Total); señalando además, que no existía constancia de pago por los conceptos reclamados a favor de la empresa (v. fs. 759).

5. El 17 de septiembre de 2001, la empresa Benito Roggio e Hijos S.A. solicitó pronto despacho de las actuaciones e instó el trámite para que se procediera a la liquidación y pago de los importes reclamados, con más sus intereses (v. fs. 761/762).

6. Llamada a intervenir la Sindicatura General de la Nación efectuó las consideraciones siguientes:

1) Con relación a los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado señaló, que no se habían aportado elementos de juicio que informaran sobre los motivos que dieron lugar al mayor gasto por ese concepto, para lo cual expresó que resultaba necesario contar con informes técnicos que justificaran las ampliaciones del contrato.

Destacó también la importancia de conocer, si los mayores gastos que dieron origen a la ampliación del plazo, habían sido certificados a valor del contrato o a precio nuevo.

2) En lo atinente a los feriados nacionales imprevistos indicó que, éstos debían haberse contemplado en el plan de obra, habida cuenta que se encontraban regulados por la Ley de Contrato de Trabajo.

3) Respecto a la adecuación del plan de trabajos, por el cambio de la planta de poder señaló que, no se acompañaron los estudios necesarios que sirvieron de base a la disposición que se ordenó en tal sentido.

4) Expresó, con relación al informe de la Comisión de Gastos Improductivos, que correspondía, a fin de totalizar los días improductivos, que el fiscalizado formulara las aclaraciones tendientes a determinar la existencia o no de superposición de ampliaciones del plazo.

5) Indicó que, debían acompañarse los elementos de juicio que acreditaran que el perjuicio había sido causado por razones ajenas al ámbito de la contratista y en que medida fueron deslindadas las responsabilidades de la comitente.

6) Puntualizó, en lo relativo a la cuantificación de la indemnización, que no surgía del Pliego de Bases y Condiciones ningún mecanismo de reconocimiento de gastos improductivos.

7) Señaló asimismo que, si bien las disposiciones autorizaron la ampliación del plazo de la obra, no se habían demostrado las razones técnicas en que se sustentaron esos actos.

Agregó que, no surgía la justificación del método utilizado para calcular los gastos generales que se reconocieron.

8) Otra de las consideraciones se refiere a la aplicación y acreditación de los extremos exigidos por el Decreto N° 1186/84, que se encuentran a cargo de la contratista debiéndose adjuntar los certificados y sus respectivos comprobantes de pago.

9) Destacó también que, el organismo deberá expedirse acerca de las facultades del Director General de Infraestructura para crear obligaciones en cabeza del Estado Nacional, cuando dispone mayores gastos.

10) Formuló observaciones a los Formularios de Requerimiento de Pago de fojas 309 y 154.

11) Por lo demás, consideró necesario la verificación del cumplimiento de la Ley N° 24.283, indicando que debía requerirse al Organismo deudor la confección de una memoria descriptiva de la obra a la fecha de corte; y que, los gastos improductivos reconocidos, por Disposición DGI N° 155/89, debían calcularse sobre el monto total del contrato a valores del mes de noviembre de 1981 (v. fs. 774/777).

7. La Subdirección de la Dirección de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina informó que, toda la documentación que acreditaba los motivos que dieron origen a los mayores gastos se encontraba agregada a las actuaciones, así como los antecedentes referidos a la aplicación del Decreto N° 1186/84. Señaló que, en esa Subdirección, no existían copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999 (v. fs. 779).

Por su parte, el Departamento Logística de la Dirección de Infraestructura y la Comisión Liquidadora Ley N° 12.910, informaron que no contaban con antecedentes sobre el particular (v. 790 y 791).

En el mismo sentido informó la Dirección de Infraestructura, agregando además que, de considerarse insuficiente la resolución ratificatoria del Jefe del Estado Mayor General, debía darse traslado a la Dirección General de Asuntos Jurídicos (v. fs. 792).

8. El Departamento Asuntos Administrativos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina destacó que, los artículos 1° y 2° del Decreto N° 852/95 no se refieren a cuestiones de competencia y que, el reconocimiento no versa sobre mayores gastos sino sobre gastos improductivos, encuadrados en el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas (v. fs. 794).

9. En una nueva intervención la Sindicatura General de la Nación, insistió respecto de la necesidad de contar con la documentación solicitada, a fin de acreditar el daño sufrido por la reclamante.

Puso de manifiesto que, en atención a que el crédito en cuestión tenía su origen en el reconocimiento de gastos improductivos derivados de la ejecución de la obra, se entendía necesario que el Jefe del Estado Mayor General de la Institución se expidiera, mediante el pertinente acto, respecto de la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89.

Indicó que, el Decreto N° 3143/83 delegó en el Director General de Infraestructura de la Fuerza, la facultad de aprobar demasías y/o economías del contrato, cuando no excedieran del 20% de su monto original, agregando además que, el dictado de la resolución ratificatoria demostraría que el acto emitido por el citado Director General no había resultado hábil o suficiente, razón por la cual el mismo habría carecido de las características de reconocimiento firme en los términos del art. 2° del Decreto N° 852/95.

Entendió que, correspondería efectuar un análisis de las actuaciones a la luz de la Ley N° 24.447, destacando que, había existido inactividad por parte de la empresa, entre el 27 de julio de 1999 y el 14 de abril de 2000.

Por último manifestó que, debía agregarse documentación de inventario que acreditara que los elementos alternativos por ella solicitados, se encontraban

en el siniestro ocurrido en el organismo el 6 de abril de 1999 y que, en caso de superarse la cuestiones planteadas, debía volver a ese órgano de control con toda la documentación respaldatoria solicitada (v. fs. 796/798).

10. La Dirección General Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina, entendió que a las presentes actuaciones, correspondía encuadrarlas en el artículo 39 de la Ley N° 13.064, por tratarse del reconocimiento de gastos improductivos de naturaleza indemnizatoria.

De otro lado consideró al Director de Infraestructura competente en razón de la materia, territorio y tiempo para el dictado del acto conforme al Decreto N° 3143/83, en razón de que ese decreto expresamente le delega tales facultades.

Expresó, por otra parte que, cuando un acto administrativo es dictado por un órgano incompetente en razón del grado, el acto emitido en tales condiciones, produce sus efectos desde la fecha de su emisión, teniendo, por lo tanto, su posterior ratificación efectos retroactivos.

Estimó que, no era de aplicación al caso el artículo 26 de la Ley N° 24.447, sino el régimen de excepción establecido en el artículo 2° del Decreto N° 852/95.

Finalmente, en razón de las observaciones formuladas por el órgano de control y del interés fiscal comprometido, consideró necesaria la intervención de esta Procuración del Tesoro; criterio que compartió esa Jefatura del Estado Mayor General, girando las actuaciones a este Organismo Asesor a fojas 804 (v. fs. 801/801).

- II - MOTIVO DE LA CONSULTA La consulta efectuada en los términos de lo dispuesto en el artículo N° 57, inciso 3°, apartados a) y b) del Decreto N° 4093/68 (Reglamentación de Justicia Militar para el Estado Mayor General de la Fuerza Aérea-RLA 6ª-), se circunscribe a analizar las Notas Nros. 3063/02 y 3180/03, por las cuales la Sindicatura General de la Nación efectuó observaciones a la Disposición emanada del Director General de Infraestructura N° 155/89.

- III - ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA Me referiré a las consideraciones efectuadas por la Sindicatura General de la Nación alterando el orden por ella asignado, a fin de lograr una mejor comprensión del tema en análisis.

1. En recientes asesoramientos del 8 de julio y del 14 de agosto del corriente año, en el que se trataron cuestiones análogas a las del presente caso, esta Casa se pronunció con relación al Decreto N° 3143/83 (B.O. 6-12-83) (Dictámenes 246:118 y 454).

En ellos se indicó que, la citada norma en su artículo 3°, facultó al Director General de Infraestructura de esa Fuerza para aprobar, definitivamente en cada caso, las resoluciones de la Comisión Liquidadora de la Ley N° 12.910.

Agregando que, el artículo 4° le otorgó atribuciones para aprobar las demasías y economías que se produjeran en la ejecución de las obras públicas a su cargo, cuando éstas no excedieran del 20 % del monto original del contrato, actualizado éste a la fecha de consideración de aquellas demasías o economías.

Dentro de este contexto normativo y, por tratarse en el caso, de demasías que superaban el 100% del valor original del contrato, el funcionario mencionado se excedió de la competencia legítimamente conferida.

En consecuencia, el acto dictado en tales condiciones, resulta anulable por haber sido emitido por órgano incompetente en razón del grado.

1.1. Cabe tener presente que la Ley de Procedimientos Administrativos faculta a la Administración para sanear actos de esta naturaleza, recurriendo al remedio de la ratificación por el órgano superior jerárquico, siempre que la avocación, delegación o sustitución fueran procedentes (v. art. 19, LPA).

En efecto, para la procedencia del saneamiento -y, por ende, de la ratificación-, es condición indispensable, como ya se ha señalado, que el acto administrativo que se pretenda sanear sea anulable; esto es, un acto en el que, en su dictado, se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales (confr. art. 15 LPA).

Tal es el caso del vicio de incompetencia en razón del grado, al que la Ley N° 19.549 no incluye entre aquellos vicios que provocan la nulidad absoluta.

Siguiendo esta línea argumental, el artículo 19 de la Ley N° 19.549, que prevé el saneamiento del acto administrativo anulable a través de la ratificación, no contiene límites temporales para su aplicación, en tanto se trate de actos administrativos anulables, ratificados por el órgano superior.

La ratificación, es el acto por el cual la autoridad competente reconoce como propios los actos realizados por otra autoridad que no era competente para dictarlos, no es un acto constitutivo, sino declarativo de derechos, tiene efectos retroactivos, es decir que sus consecuencias se proyectan hacia el pasado hasta la fecha de emisión del acto objeto de ratificación (v. LPA, art. 19, último párrafo) (Dictámenes 237:519; 238:327 y 553 y 241:184).

El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, ese vicio es eliminado por la ratificación.

En tal sentido, la ratificación mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, es decir, que los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro (confr. Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Cap. XII-14 y ss., Ed. Macchi, 1987).

De los precedentes parcialmente reseñados, se sigue que la Disposición N° 155/89, emanada del Director General de Infraestructura y ratificada, en el año 2001, por Resolución N° 181 del Jefe del Estado Mayor General, es válida, produciendo sus efectos desde la fecha de su dictado.

2. Sentado lo que antecede cabe analizar si en estas actuaciones se ha operado la caducidad automática de la Ley N° 24.447.

El artículo 2° del Decreto N° 852/95, con la modificación introducida por el Decreto N° 658/95 (B.O. 1-11-95), en lo aquí interesa, estableció que Lo

prescripto en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley N° 24.447 no es de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa...

En este contexto normativo, cabe señalar que, la Disposición DGI N° 155 del 14 de septiembre de 1989, reúne los caracteres de acto administrativo firme y consentido, por haber sido debidamente notificada a la empresa interesada el día 18 de aquel mismo mes y año (v. fs. 115/116, Cuerpo I) y, no haber sido objeto de recurso alguno.

Por lo precedentemente expuesto y en atención a la conclusión arribada en el punto 1. del presente Capítulo, la solución al presente caso, se enmarca en las excepciones contenidas en la norma anteriormente transcrita, razón por la cual, considero, que en estas actuaciones no se ha operado la caducidad automática contemplada en la Ley N° 24.447.

3. En lo atinente a las consideraciones efectuadas por la SIGEN en relación con: a) los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado; b) que no se hubieran acreditado los motivos por los cuales los feriados nacionales se tornaron imprevistos para la contratista; c) la adecuación del plan de trabajo por la planta de poder; y d) atrasos en los pagos, por aplicación del Decreto N° 1186/84, corresponde reiterar aquí, todo lo expresado en el punto 2. del Capítulo II del dictamen de esta Casa del 22 de junio de 2000 (v. fs. 732/735).

Ello así, teniendo en cuenta en primer término que, en aquel asesoramiento se merituaron las razones que dieron sustento y justificación a la ampliación del mayor plazo contractual y, que fueron, por lo demás, el fundamento de las distintas disposiciones que avalaron la prolongación del contrato.

De otro lado tampoco puede soslayarse, la existencia de informes de organismos técnicos con competencia en la materia, que han analizado el reclamo de la contratista y la documentación que acredita los mayores gastos en que ha incurrido la empresa con motivo de la ampliación de los plazos de ejecución de la obra y que condujeron finalmente, al dictado del acto administrativo de reconocimiento de la petición.

En tal sentido ver especialmente: informes de la Comisión de Gastos Improductivos de fojas 35/86, en el que se merituyó los distintos actos administrativos que otorgaron prórrogas contractuales, por lluvias y feriados nacionales, factores meteorológicos adversos, reconocimiento de mayores gastos, mora en los pagos (Dto. N° 1186/84) y, 110/113 del Cuerpo I; Disposición DGI N° 155/89 obrante a fojas 115; Carta de Amparo del Director General de Contabilidad y Finanzas de la Fuerza Aérea Argentina de fojas 155.

Al respecto corresponde recordar que, este Organismo Asesor ha señalado reiteradamente que no entra a considerar los aspectos técnicos de los asuntos planteados, por resultar ello ajeno a su competencia; su función asesora se encuentra restringida, en principio, al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones sometidas a su opinión (Dictámenes 214:134; 246:118).

En distintos asesoramientos, también esta Procuración del Tesoro ha sostenido que, los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Dictámenes 207:343).

Al no apartarse, en principio, los informes de que dan cuenta estas actuaciones, de las condiciones arriba indicadas, debe entenderse que ha sido probado oportunamente el perjuicio sufrido por la reclamante.

4. La situación en análisis, como ya se expresara en la anterior intervención de esta Casa del 22 de junio de 2000, corresponde encuadrarla en los artículos 34, 35 y 39 de la Ley N° 13.064 en razón de ser el marco legal adecuado, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio del resarcimiento que se pretende.

En efecto, el fundamento del mayor plazo de ejecución de los trabajos se originó en causas no imputables a la contratista, sino en hechos de la Administración (aplicación del Decreto N° 1186/84, alteraciones en la obra, feriados nacionales) y hechos extraordinarios e imprevisibles (factores climáticos adversos), circunstancias todas ellas que condujeron a la aprobación por parte de la comitente de distintas ampliaciones del plazo contractual.

De lo que vengo de exponer, corresponde que, en el caso, se indemnice a la contratista por los perjuicios efectivamente sufridos, con los precios del contrato como indica el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas.

5. En lo atinente a la Ley N° 24.283 (B.O. 21-12-93), se observa que no resulta pertinente su aplicación, por tratarse de una deuda dineraria reconocida en sede administrativa y su liquidación encontrarse sujeta a la actualización de la Ley N° 21.392 (confr. art. 2°, Resolución ex MEYOSP N° 763/94 (B.O. 24-6-94)).

En tal sentido, este Organismo Asesor ha sostenido antes de ahora que no corresponde la aplicación de la normativa desindexatoria prevista en la Ley N° 24.283, al reclamo planteado por la contratista, toda vez que la Resolución ex MEYOSP N° 763/94, que fue dictada para ordenar los trámites de cancelación de deudas del sector público nacional, determinó que las obligaciones de dar sumas de dinero, reconocidas en sede administrativa, debían seguir su trámite normal de cancelación cuando el mecanismo de pago o de liquidación fuera la Ley N° 21.392 o el artículo 48 de la Ley N° 13.064 (v. Dictámenes 229:140; 246:454).

6. Respecto a la falta de documentación relacionada con la mano de obra y amortización de equipos, es de destacar que no existen otros elementos de juicio que los integrados al expediente, y los señalados en los informes de la Inspección de Obra (v. fs. 789/791) En consecuencia, es pertinente en estas actuaciones recordar lo expresado en Dictámenes 246:454 en lo referente a la inexistencia de registros contables que reflejaran la exigibilidad de las deudas con los particulares, expresando que sólo se había podido efectuar la verificación por parte de la Auditoría Interna, de los cálculos de las sumas a consolidar, mediante cálculos globales de consistencia de la información volcada que dan sustento a la deuda reclamada, a partir de las determinaciones de trabajos y valores efectuados por las áreas técnicas competentes.

Lo señalado permite afirmar que, el procedimiento utilizado para la determinación de la deuda fue adecuado y que conlleva a la razonabilidad del crédito pendiente de cobro a favor de la empresa.

7. En relación con los certificados y documentación de inventario, a que hace referencia la SIGEN en el punto 8. de fojas 776 y en el punto 4. de fojas 797,-según se expresa a fojas 779-, no existen copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999; siniestro que

también fue la causa determinante de la inexistencia de la documentación de inventario, conforme se expresara a fojas 443, del Expediente N° 5.255.857 del Registro de esa Fuerza.

En punto a lo señalado reitero lo expresado en Dictámenes 246:454, en el sentido que no resulta pertinente pronunciarme sobre esta cuestión, ello en atención a que, no es competencia de este Organismo Asesor emitir opinión sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar dado que ello excedería el ámbito de asesoramiento jurídico que le es propio (Dictámenes 228:69; 231:009).

8. Finalmente, respecto a las observaciones formuladas por el Órgano de Control al Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, agregados a fojas 154, se advierte que en el campo 5, puede leerse el número de expediente, así como el número de la obra y su denominación.

En relación con la otra observación formulada estimo que la aclaración es competencia de la Dirección General de Administración Financiera de la Fuerza Aérea Argentina.

- IV - CONCLUSIÓN En el sentido expresado, dejo expuesta mi opinión.

HORACIO DANIEL ROSATTI PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACION
DICTAMEN N°: 522 Expte. N° 5.227.202/87 FUERZA AÉREA ARGENTINA
BUENOS AIRES, 23 OCT 2003 SEÑOR JEFE DEL ESTADO MAYOR
GENERAL DE LA FUERZA AÉREA:

Vuelven las presentes actuaciones relacionadas con el reconocimiento de gastos improductivos a favor de la firma Benito Roggio e Hijos S.A., contratista de la obra N° 1672 Construcción Aeroestación Tucumán, que dio sustento al requerimiento de pago de deuda consolidada.

- I - ANTECEDENTES DE HECHO 1. Esta Procuración del Tesoro de la Nación se expidió, el 22 de junio de 2000, respecto de la legitimidad de la Disposición N° 155/89, del entonces Director General de Infraestructura de esa Fuerza, por la cual se hizo lugar al reclamo por gastos improductivos efectuado por la citada empresa.

En ese asesoramiento se concluyó que correspondía, por ajustarse a derecho, la ratificación de la mencionada disposición, por el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea (v. fs. 732/735, Dictámenes 233:525).

2. En tal sentido, el 4 de abril de 2001, el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea por Resolución N° 181/01, ratificó la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89 (v. fs. 749/751).

3. Corre agregado a fojas 154 el Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, a favor de Benito Roggio e Hijos y Cia. S.A. por el monto de U\$S 803.420,83.

4. La Unidad Auditoría Interna del Ministerio de Defensa requirió se procediera a adjuntar el certificado de recepción definitiva de obra y, que además, el organismo deudor dejara constancia de haber verificado que, del monto abonado por la ejecución de la obra, se hubieran practicado las deducciones por incumplimiento por parte de la empresa (v. fs. 754).

El primero de los requerimientos fue satisfecho a fojas 758 (v. fotocopia autenticada del Acta de Recepción Definitiva Total); señalando además, que no existía constancia de pago por los conceptos reclamados a favor de la empresa (v. fs. 759).

5. El 17 de septiembre de 2001, la empresa Benito Roggio e Hijos S.A. solicitó pronto despacho de las actuaciones e instó el trámite para que se procediera a la liquidación y pago de los importes reclamados, con más sus intereses (v. fs. 761/762).

6. Llamada a intervenir la Sindicatura General de la Nación efectuó las consideraciones siguientes:

1) Con relación a los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado señaló, que no se habían aportado elementos de juicio que informaran sobre los motivos que dieron lugar al mayor gasto por ese concepto, para lo cual expresó que resultaba necesario contar con informes técnicos que justificaran las ampliaciones del contrato.

Destacó también la importancia de conocer, si los mayores gastos que dieron origen a la ampliación del plazo, habían sido certificados a valor del contrato o a precio nuevo.

2) En lo atinente a los feriados nacionales imprevistos indicó que, éstos debían haberse contemplado en el plan de obra, habida cuenta que se encontraban regulados por la Ley de Contrato de Trabajo.

3) Respecto a la adecuación del plan de trabajos, por el cambio de la planta de poder señaló que, no se acompañaron los estudios necesarios que sirvieron de base a la disposición que se ordenó en tal sentido.

4) Expresó, con relación al informe de la Comisión de Gastos Improductivos, que correspondía, a fin de totalizar los días improductivos, que el fiscalizado formulara las aclaraciones tendientes a determinar la existencia o no de superposición de ampliaciones del plazo.

5) Indicó que, debían acompañarse los elementos de juicio que acreditaran que el perjuicio había sido causado por razones ajenas al ámbito de la contratista y en que medida fueron deslindadas las responsabilidades de la comitente.

6) Puntualizó, en lo relativo a la cuantificación de la indemnización, que no surgía del Pliego de Bases y Condiciones ningún mecanismo de reconocimiento de gastos improductivos.

7) Señaló asimismo que, si bien las disposiciones autorizaron la ampliación del plazo de la obra, no se habían demostrado las razones técnicas en que se sustentaron esos actos.

Agregó que, no surgía la justificación del método utilizado para calcular los gastos generales que se reconocieron.

8) Otra de las consideraciones se refiere a la aplicación y acreditación de los

extremos exigidos por el Decreto N° 1186/84, que se encuentran a cargo de la contratista debiéndose adjuntar los certificados y sus respectivos comprobantes de pago.

9) Destacó también que, el organismo deberá expedirse acerca de las facultades del Director General de Infraestructura para crear obligaciones en cabeza del Estado Nacional, cuando dispone mayores gastos.

10) Formuló observaciones a los Formularios de Requerimiento de Pago de fojas 309 y 154.

11) Por lo demás, consideró necesario la verificación del cumplimiento de la Ley N° 24.283, indicando que debía requerirse al Organismo deudor la confección de una memoria descriptiva de la obra a la fecha de corte; y que, los gastos improductivos reconocidos, por Disposición DGI N° 155/89, debían calcularse sobre el monto total del contrato a valores del mes de noviembre de 1981 (v. fs. 774/777).

7. La Subdirección de la Dirección de Infraestructura de la Fuerza Aérea Argentina informó que, toda la documentación que acreditaba los motivos que dieron origen a los mayores gastos se encontraba agregada a las actuaciones, así como los antecedentes referidos a la aplicación del Decreto N° 1186/84. Señaló que, en esa Subdirección, no existían copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999 (v. fs. 779).

Por su parte, el Departamento Logística de la Dirección de Infraestructura y la Comisión Liquidadora Ley N° 12.910, informaron que no contaban con antecedentes sobre el particular (v. 790 y 791).

En el mismo sentido informó la Dirección de Infraestructura, agregando además que, de considerarse insuficiente la resolución ratificatoria del Jefe del Estado Mayor General, debía darse traslado a la Dirección General de Asuntos Jurídicos (v. fs. 792).

8. El Departamento Asuntos Administrativos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina destacó que, los artículos 1° y 2° del Decreto N° 852/95 no se refieren a cuestiones de competencia y que, el reconocimiento no versa sobre mayores gastos sino sobre gastos improductivos, encuadrados en el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas (v. fs. 794).

9. En una nueva intervención la Sindicatura General de la Nación, insistió respecto de la necesidad de contar con la documentación solicitada, a fin de acreditar el daño sufrido por la reclamante.

Puso de manifiesto que, en atención a que el crédito en cuestión tenía su origen en el reconocimiento de gastos improductivos derivados de la ejecución de la obra, se entendía necesario que el Jefe del Estado Mayor General de la Institución se expidiera, mediante el pertinente acto, respecto de la legitimidad y procedencia de la Disposición DGI N° 155/89.

Indicó que, el Decreto N° 3143/83 delegó en el Director General de Infraestructura de la Fuerza, la facultad de aprobar demasías y/o economías del contrato, cuando no excedieran del 20% de su monto original, agregando además que, el dictado de la resolución ratificatoria demostraría que el acto emitido por el citado Director General no había resultado hábil o suficiente,

razón por la cual el mismo habría carecido de las características de reconocimiento firme en los términos del art. 2° del Decreto N° 852/95.

Entendió que, correspondería efectuar un análisis de las actuaciones a la luz de la Ley N° 24.447, destacando que, había existido inactividad por parte de la empresa, entre el 27 de julio de 1999 y el 14 de abril de 2000.

Por último manifestó que, debía agregarse documentación de inventario que acreditara que los elementos alternativos por ella solicitados, se encontraban en el siniestro ocurrido en el organismo el 6 de abril de 1999 y que, en caso de superarse la cuestiones planteadas, debía volver a ese órgano de control con toda la documentación respaldatoria solicitada (v. fs. 796/798).

10. La Dirección General Asuntos Jurídicos del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina, entendió que a las presentes actuaciones, correspondía encuadrarlas en el artículo 39 de la Ley N° 13.064, por tratarse del reconocimiento de gastos improductivos de naturaleza indemnizatoria.

De otro lado consideró al Director de Infraestructura competente en razón de la materia, territorio y tiempo para el dictado del acto conforme al Decreto N° 3143/83, en razón de que ese decreto expresamente le delega tales facultades.

Expresó, por otra parte que, cuando un acto administrativo es dictado por un órgano incompetente en razón del grado, el acto emitido en tales condiciones, produce sus efectos desde la fecha de su emisión, teniendo, por lo tanto, su posterior ratificación efectos retroactivos.

Estimó que, no era de aplicación al caso el artículo 26 de la Ley N° 24.447, sino el régimen de excepción establecido en el artículo 2° del Decreto N° 852/95.

Finalmente, en razón de las observaciones formuladas por el órgano de control y del interés fiscal comprometido, consideró necesaria la intervención de esta Procuración del Tesoro; criterio que compartió esa Jefatura del Estado Mayor General, girando las actuaciones a este Organismo Asesor a fojas 804 (v. fs. 801/801).

- II - MOTIVO DE LA CONSULTA La consulta efectuada en los términos de lo dispuesto en el artículo N° 57, inciso 3°, apartados a) y b) del Decreto N° 4093/68 (Reglamentación de Justicia Militar para el Estado Mayor General de la Fuerza Aérea-RLA 6ª-), se circunscribe a analizar las Notas Nros. 3063/02 y 3180/03, por las cuales la Sindicatura General de la Nación efectuó observaciones a la Disposición emanada del Director General de Infraestructura N° 155/89.

- III - ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA Me referiré a las consideraciones efectuadas por la Sindicatura General de la Nación alterando el orden por ella asignado, a fin de lograr una mejor comprensión del tema en análisis.

1. En recientes asesoramientos del 8 de julio y del 14 de agosto del corriente año, en el que se trataron cuestiones análogas a las del presente caso, esta Casa se pronunció con relación al Decreto N° 3143/83 (B.O. 6-12-83) (Dictámenes 246:118 y 454).

En ellos se indicó que, la citada norma en su artículo 3°, facultó al Director

General de Infraestructura de esa Fuerza para aprobar, definitivamente en cada caso, las resoluciones de la Comisión Liquidadora de la Ley N° 12.910.

Agregando que, el artículo 4° le otorgó atribuciones para aprobar las demasías y economías que se produjeran en la ejecución de las obras públicas a su cargo, cuando éstas no excedieran del 20 % del monto original del contrato, actualizado éste a la fecha de consideración de aquellas demasías o economías.

Dentro de este contexto normativo y, por tratarse en el caso, de demasías que superaban el 100% del valor original del contrato, el funcionario mencionado se excedió de la competencia legítimamente conferida.

En consecuencia, el acto dictado en tales condiciones, resulta anulable por haber sido emitido por órgano incompetente en razón del grado.

1.1. Cabe tener presente que la Ley de Procedimientos Administrativos faculta a la Administración para sanear actos de esta naturaleza, recurriendo al remedio de la ratificación por el órgano superior jerárquico, siempre que la avocación, delegación o sustitución fueran procedentes (v. art. 19, LPA).

En efecto, para la procedencia del saneamiento -y, por ende, de la ratificación-, es condición indispensable, como ya se ha señalado, que el acto administrativo que se pretenda sanear sea anulable; esto es, un acto en el que, en su dictado, se hubiese incurrido en alguna irregularidad u omisión, o que contenga algún vicio, que no impida la existencia de alguno de sus elementos esenciales (confr. art. 15 LPA).

Tal es el caso del vicio de incompetencia en razón del grado, al que la Ley N° 19.549 no incluye entre aquellos vicios que provocan la nulidad absoluta.

Siguiendo esta línea argumental, el artículo 19 de la Ley N° 19.549, que prevé el saneamiento del acto administrativo anulable a través de la ratificación, no contiene límites temporales para su aplicación, en tanto se trate de actos administrativos anulables, ratificados por el órgano superior.

La ratificación, es el acto por el cual la autoridad competente reconoce como propios los actos realizados por otra autoridad que no era competente para dictarlos, no es un acto constitutivo, sino declarativo de derechos, tiene efectos retroactivos, es decir que sus consecuencias se proyectan hacia el pasado hasta la fecha de emisión del acto objeto de ratificación (v. LPA, art. 19, último párrafo) (Dictámenes 237:519; 238:327 y 553 y 241:184).

El acto necesitado de ratificación es un acto administrativo regular, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado, ese vicio es eliminado por la ratificación.

En tal sentido, la ratificación mantiene los efectos ya existentes del acto administrativo, es decir, que los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos y, los legitima para el futuro (confr. Gordillo, Agustín A. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, Cap. XII-14 y ss., Ed. Macchi, 1987).

De los precedentes parcialmente reseñados, se sigue que la Disposición N° 155/89, emanada del Director General de Infraestructura y ratificada, en el año 2001, por Resolución N° 181 del Jefe del Estado Mayor General, es válida,

produciendo sus efectos desde la fecha de su dictado.

2. Sentado lo que antecede cabe analizar si en estas actuaciones se ha operado la caducidad automática de la Ley N° 24.447.

El artículo 2° del Decreto N° 852/95, con la modificación introducida por el Decreto N° 658/95 (B.O. 1-11-95), en lo aquí interesa, estableció que Lo prescripto en los artículos 25, 26 y 27 de la Ley N° 24.447 no es de aplicación a las peticiones de pago relativas a obligaciones reconocidas y firmes en sede judicial o administrativa...

En este contexto normativo, cabe señalar que, la Disposición DGI N° 155 del 14 de septiembre de 1989, reúne los caracteres de acto administrativo firme y consentido, por haber sido debidamente notificada a la empresa interesada el día 18 de aquel mismo mes y año (v. fs. 115/116, Cuerpo I) y, no haber sido objeto de recurso alguno.

Por lo precedentemente expuesto y en atención a la conclusión arribada en el punto 1. del presente Capítulo, la solución al presente caso, se enmarca en las excepciones contenidas en la norma anteriormente transcrita, razón por la cual, considero, que en estas actuaciones no se ha operado la caducidad automática contemplada en la Ley N° 24.447.

3. En lo atinente a las consideraciones efectuadas por la SIGEN en relación con: a) los mayores gastos por terraplenamiento y relleno con suelo seleccionado; b) que no se hubieran acreditado los motivos por los cuales los feriados nacionales se tornaron imprevistos para la contratista; c) la adecuación del plan de trabajo por la planta de poder; y d) atrasos en los pagos, por aplicación del Decreto N° 1186/84, corresponde reiterar aquí, todo lo expresado en el punto 2. del Capítulo II del dictamen de esta Casa del 22 de junio de 2000 (v. fs. 732/735).

Ello así, teniendo en cuenta en primer término que, en aquel asesoramiento se meritaron las razones que dieron sustento y justificación a la ampliación del mayor plazo contractual y, que fueron, por lo demás, el fundamento de las distintas disposiciones que avalaron la prolongación del contrato.

De otro lado tampoco puede soslayarse, la existencia de informes de organismos técnicos con competencia en la materia, que han analizado el reclamo de la contratista y la documentación que acredita los mayores gastos en que ha incurrido la empresa con motivo de la ampliación de los plazos de ejecución de la obra y que condujeron finalmente, al dictado del acto administrativo de reconocimiento de la petición.

En tal sentido ver especialmente: informes de la Comisión de Gastos Improductivos de fojas 35/86, en el que se meritó los distintos actos administrativos que otorgaron prórrogas contractuales, por lluvias y feriados nacionales, factores meteorológicos adversos, reconocimiento de mayores gastos, mora en los pagos (Dto. N° 1186/84) y, 110/113 del Cuerpo I; Disposición DGI N° 155/89 obrante a fojas 115; Carta de Amparo del Director General de Contabilidad y Finanzas de la Fuerza Aérea Argentina de fojas 155.

Al respecto corresponde recordar que, este Organismo Asesor ha señalado reiteradamente que no entra a considerar los aspectos técnicos de los asuntos

planteados, por resultar ello ajeno a su competencia; su función asesora se encuentra restringida, en principio, al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones sometidas a su opinión (Dictámenes 214:134; 246:118).

En distintos asesoramientos, también esta Procuración del Tesoro ha sostenido que, los informes técnicos merecen plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables, no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Dictámenes 207:343).

Al no apartarse, en principio, los informes de que dan cuenta estas actuaciones, de las condiciones arriba indicadas, debe entenderse que ha sido probado oportunamente el perjuicio sufrido por la reclamante.

4. La situación en análisis, como ya se expresara en la anterior intervención de esta Casa del 22 de junio de 2000, corresponde encuadrarla en los artículos 34, 35 y 39 de la Ley N° 13.064 en razón de ser el marco legal adecuado, teniendo en cuenta el carácter indemnizatorio del resarcimiento que se pretende.

En efecto, el fundamento del mayor plazo de ejecución de los trabajos se originó en causas no imputables a la contratista, sino en hechos de la Administración (aplicación del Decreto N° 1186/84, alteraciones en la obra, feriados nacionales) y hechos extraordinarios e imprevisibles (factores climáticos adversos), circunstancias todas ellas que condujeron a la aprobación por parte de la comitente de distintas ampliaciones del plazo contractual.

De lo que vengo de exponer, corresponde que, en el caso, se indemnice a la contratista por los perjuicios efectivamente sufridos, con los precios del contrato como indica el artículo 39 de la Ley de Obras Públicas.

5. En lo atinente a la Ley N° 24.283 (B.O. 21-12-93), se observa que no resulta pertinente su aplicación, por tratarse de una deuda dineraria reconocida en sede administrativa y su liquidación encontrarse sujeta a la actualización de la Ley N° 21.392 (confr. art. 2°, Resolución ex MEYOSP N° 763/94 (B.O. 24-6-94)).

En tal sentido, este Organismo Asesor ha sostenido antes de ahora que no corresponde la aplicación de la normativa desindexatoria prevista en la Ley N° 24.283, al reclamo planteado por la contratista, toda vez que la Resolución ex MEYOSP N° 763/94, que fue dictada para ordenar los trámites de cancelación de deudas del sector público nacional, determinó que las obligaciones de dar sumas de dinero, reconocidas en sede administrativa, debían seguir su trámite normal de cancelación cuando el mecanismo de pago o de liquidación fuera la Ley N° 21.392 o el artículo 48 de la Ley N° 13.064 (v. Dictámenes 229:140; 246:454).

6. Respecto a la falta de documentación relacionada con la mano de obra y amortización de equipos, es de destacar que no existen otros elementos de juicio que los integrados al expediente, y los señalados en los informes de la Inspección de Obra (v. fs. 789/791) En consecuencia, es pertinente en estas actuaciones recordar lo expresado en Dictámenes 246:454 en lo referente a la inexistencia de registros contables que reflejaran la exigibilidad de las deudas con los particulares, expresando que sólo se había podido efectuar la verificación por parte de la Auditoría Interna, de los cálculos de las sumas a consolidar, mediante cálculos globales de consistencia de la información volcada que dan sustento a la deuda reclamada, a partir de las determinaciones de trabajos y valores efectuados por las áreas técnicas competentes.

Lo señalado permite afirmar que, el procedimiento utilizado para la determinación de la deuda fue adecuado y que conlleva a la razonabilidad del crédito pendiente de cobro a favor de la empresa.

7. En relación con los certificados y documentación de inventario, a que hace referencia la SIGEN en el punto 8. de fojas 776 y en el punto 4. de fojas 797, -según se expresa a fojas 779-, no existen copias de los certificados por haberse destruido en el incendio ocurrido el 6 de abril de 1999; siniestro que también fue la causa determinante de la inexistencia de la documentación de inventario, conforme se expresara a fojas 443, del Expediente N° 5.255.857 del Registro de esa Fuerza.

En punto a lo señalado reitero lo expresado en Dictámenes 246:454, en el sentido que no resulta pertinente pronunciarme sobre esta cuestión, ello en atención a que, no es competencia de este Organismo Asesor emitir opinión sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar dado que ello excedería el ámbito de asesoramiento jurídico que le es propio (Dictámenes 228:69; 231:009).

8. Finalmente, respecto a las observaciones formuladas por el Órgano de Control al Formulario de Requerimiento de Entrega de Bonos, agregados a fojas 154, se advierte que en el campo 5, puede leerse el número de expediente, así como el número de la obra y su denominación.

En relación con la otra observación formulada estimo que la aclaración es competencia de la Dirección General de Administración Financiera de la Fuerza Aérea Argentina.

- IV - CONCLUSIÓN En el sentido expresado, dejo expuesta mi opinión.

HORACIO DANIEL ROSATTI PROCURADOR DEL TESORO DE LA NACION
DICTAMEN N°: 522

En todo ▾

Buscar ley, sentencia, doctrina y más...

Buscar

Búsqueda
avanzada

Dictamen 87/1995 - Tomo: 213, Página: 314

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

20 de Junio de 1995

Expediente: 1028-T-81

Número Dictamen: R00087

Procurador: Fernando, García Pullés (Subprocurador)

Id Infojus: C0213314

TEMA

Contrato de obra pública, certificados de obra, certificados finales, certificados provisionales, variación de costos, sistema contractual de reajuste, liquidación final, celebración del contrato, interpretación del contrato, buena fe, doctrina de los actos propios, procedimiento administrativo

SUMARIO

Existen diferentes clases de certificados, entre los cuales pueden citarse los certificados parciales, el certificado final, en el cual se reajustan las diferencias en más o menos que hayan aparecido a lo largo de la ejecución de la obra, al finalizar ésta los certificados por variaciones de costos, en los casos en que se hayan admitido mayores costos; los certificados por acopio de materiales, que comprueban su realización y la inversión de los importes adelantados o que deban pagarse por este concepto al contratista; etc. Cabe advertir que con excepción del certificado final, todos los demás son "provisionales", puesto que serán reajustados, cuando corresponda, justamente al otorgarse aquél.

El certificado final no responde a la obra ejecutada durante un mes determinado, sino que reajusta las diferencias en más o en menos que puedan haber surgido a lo largo de toda la obra.

En el contrato de obra pública -salvo pacto en contrario, y esto con ciertas limitaciones- el pago que cancela la obligación con los efectos de los arts. 724 y 725 del Cód. Civ. sólo ocurre con el certificado final de cierre de cuentas o documento que lo reemplace, precisamente porque este certificado supone la anterior -o contemporánea- recepción definitiva de la obra, con plena conformidad de la comitente. Los certificados de obras públicas son documentos que, al hacer constar los trabajos realizados durante un período de tiempo determinado, posibilitan el cobro de pagos parciales y a cuenta, sujetos al ajuste que resulte de la liquidación final. Y por tal motivo se los ha considerado "provisorios" en la medida que sus constancias pueden verse modificadas luego por los resultados de la medición y liquidación final donde, en definitiva, podrían resultar rectificadas los errores materiales o conceptuales que aquellos hubieran obtenido. Estos conceptos se han extendido a los certificados de mayores costos pues los mismos se confeccionan también en base a los trabajos realizados.

El último ajuste de cuentas se realiza con la liquidación final.

Allí se determina el precio total de la obra, aplicando los precios convenidos -incluida las variaciones de costos- a los trabajos efectuados, al momento de su ejecución y según el resultado de la medición definitiva. Del monto obtenido se deducirán los pagos parciales a cuenta provenientes de los certificados de obra y los de la ley 12.910; destacándose, sin embargo, que aquella naturaleza "provisoria" o "ajustable" no significa que las liquidaciones por variaciones de

HERRAMIENTAS



Descargar pdf



Enviar por email



URL y cita Infojus

CONTENIDOS DE INTERES

[Creación de tribunales arbitrales consumo con competencia en reclamos de consumidores.](#)

Ley 7.363. MENDOZA, 26/4/2005.

Vigente, de alcance general

[Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y usuarios](#)

Ley 13.133. BUENOS AIRES, 27/11/2003. Vigente, de alcance general

[Modificatoria de la ley 13.133 - Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios](#)

Ley 14.514. BUENOS AIRES, 29/11/2012. Vigente, de alcance general

[Alcances de información al consumidor, configuración de sanciones administrativas, requisitos de sanciones administrativas](#)

Sumario de Fallo. 18/11/2003

[REGIMEN DE LA DEFENSA DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS](#)

Ley III 2. MISIONES, 3/12/2009.

Vigente, de alcance general

[ADHESION LEY N. 24.240 SOBRE DEFENSA DEL CONSUMIDOR.](#)

Ley 7.087. SAN JUAN, 30/11/2000.

Vigente, de alcance general

CENTROS DE CONSULTA

Red de terminales de consulta distribuidas en todo el territorio nacional, que hace accesible los contenidos de



precio efectuadas periódicamente sobre la base de la obra ejecutada, no produzcan -con las limitaciones antes apuntadas- efectos definitivos. Y ello porque los certificados cuatrimestrales confeccionados en cada oportunidad conforme a las determinaciones de las respectivas Comisiones Liquidadoras y consentidas expresa o tácitamente por los contratistas, constituyen el efecto consumado de la relación jurídica emergente de las cláusulas contractuales y disposiciones que en materia de mayores costos estaban en vigor en aquel momento.

Con relación a la aplicación de los [decretos 2.875/75](#) y [2.348/76](#), el derecho de los contratantes a la revisión del sistema contractual de reajuste, a los fines de corregir distorsiones significativas de su funcionamiento como ocurre en el caso en consulta subsiste hasta la emisión del certificado final de cierre de cuentas, sin que su ejercicio se halle condicionado a la observación o cuestionamiento de cada certificado provisorio.

Ello así, por cuanto dicha opinión determinó en buena medida el dictado del decreto 1.619/86, como surge de la motivación de este último, en cuyo articulado se hace referencia a la "liquidación final consentida", artículos 1 y 8, inciso a) como circunstancia excluyente de la aplicación de sus disposiciones.

El certificado final no es un medio u orden de pago, motivo por el cual no importa un pago, sino un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado y el "quantum" del crédito pertinente del contratista.

Un certificado no puede constituir "certificado de cierre de cuentas" si incluye precios correspondientes a adicionales que superan el 20% del monto contractual y que a la fecha de su emisión, no revisten carácter definitivo por hallarse pendientes del "referendum" del comitente, así como decisiones relativas a ampliación de plazo de obra que justificaran la no aplicación de multas por mora en el contratista, hallándose todavía pendiente la recepción definitiva de la obra y, consecuentemente, la restitución del fondo de reparos y de la garantía del contrato.

Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, principios aplicables al ámbito de los contratos administrativos. Por ser ello así, es dable exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conductas perjudiciales, y debe desestimarse toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que merces a sus actos anteriores- se ha suscitado en el otro contratante.

Los elementos configurativos, o sea, las condiciones fundamentales para la aplicación de la doctrina de los propios actos, pueden sintetizarse así: I) Que exista una conducta previa y una pretensión posterior emanadas de la misma persona (concepto que incluye a sus representantes o sucesores) y que se hayan producido ambas frente a la misma relación o situación jurídica. Es decir, que existan identidad de partes y unidad de situación jurídica; II) que la conducta previa sea válida y que revista sentido unívoco y cierta entidad, de modo de poder ser interpretada como una voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica; III) que tal conducta (o sus consecuencias necesarias) y tal pretensión sean contradictorias, o sea, incompatibles entre sí; y IV) que no haya una norma que autorice la contradicción.

La seguridad jurídica, imperiosa exigencia del régimen concerniente a la propiedad privada, quedaría gravemente resentida si fuera admisible que pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce, pretendiendo cancelar las consecuencias que de su aplicación se derivaren en el campo de las relaciones patrimoniales. Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos y ejerciendo una conducta incompatible con una anterior conducta, deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

En el procedimiento administrativo, puede inferirse que va contra sus propios actos el administrado que intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación -o secuencia de actos-, que no es compatible con su obrar primero.

[\[Contenido Relacionado\]](#)

[\[ir arriba\]](#)

la biblioteca jurídica Infojus de manera libre y gratuita a un mayor número de personas.

[Ir a Centros...](#)



Infojus,
Sede Costanera Sur
Av. España 2591, 3°
(C1107AMF)
CABA Argentina
+54 (11) 5300-4000
int. 76846

Acerca de

[Quiénes Somos](#)
[Buscador Jurídico](#)
[Centros de Consulta](#)
[Red Nacional Infojus](#)
[Accesibilidad](#)

Servicios

[Ediciones Infojus](#)
[Biblioteca Digital Infojus](#)
[Boletín de Novedades](#)
[Convocatoria Investigaciones](#)
[Dossier](#)
[Guía Judicial](#)
[Informes SNEEP](#)

Soporte

[Contacto](#)
[Preguntas Frecuentes](#)
[Mapa del Sitio](#)



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

© 2015 Infojus
Derechos reservados
[Reglamento de uso](#)

Dictamen 54/1991 - Tomo: 196, Página: 104

DICTAMEN.

Procuración del Tesoro de la Nación (PTN)

30 de Enero de 1991

Expediente: 13.311-89

Número Dictamen: 54

Procurador: Jorge Luis Maiorano

Id Infojus: C0196104

TEMA

Contrato de obra pública, desagio, mora, certificados finales, pago, aceptación sin reserva

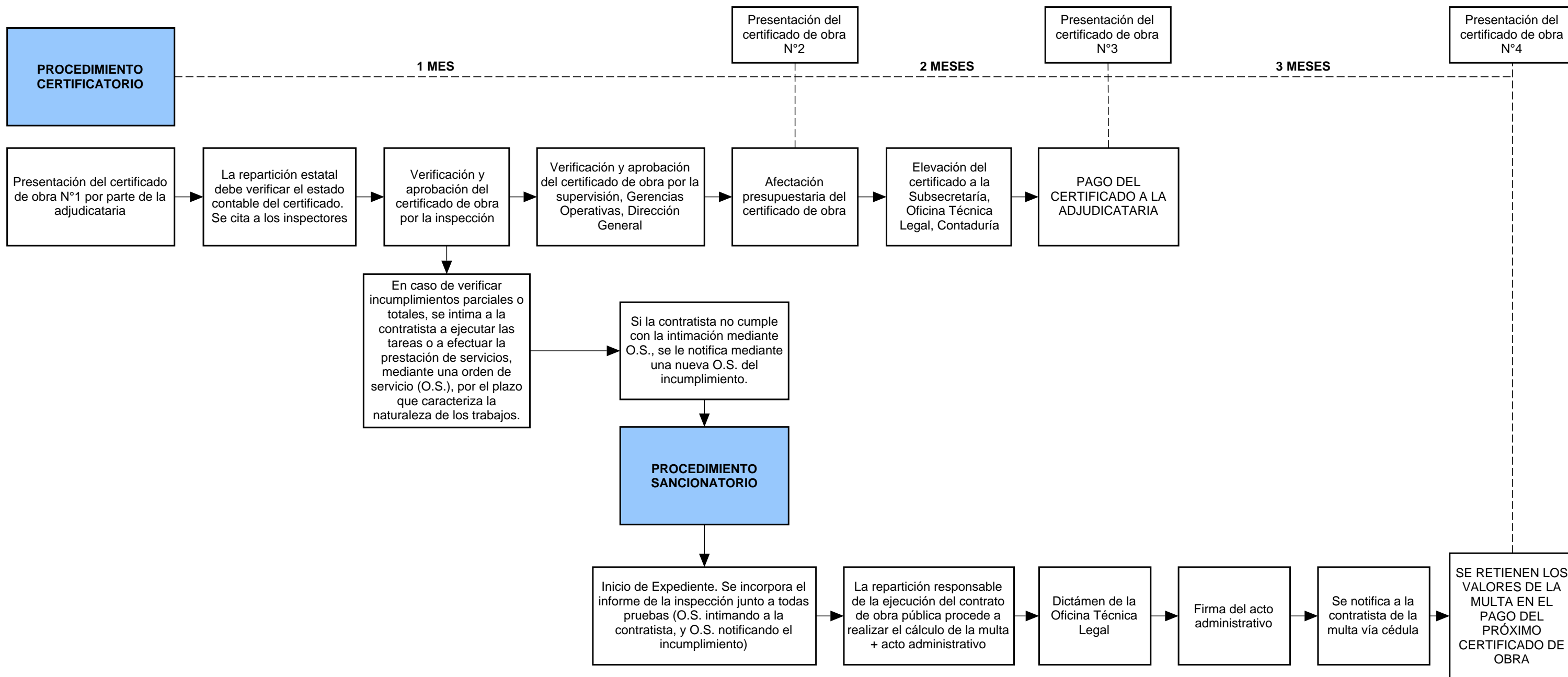
SUMARIO

1) Corresponde abonar íntegramente una deuda el Estado por trabajos realizados con motivo de un contrato de obra pública, deuda de la que esta pagar las sumas que han sido incorrectamente desagiadas, por tratarse de obligaciones vencidas y en mora, negar el pago completo sería violatorio de principios constitucionales como el de igualdad ante la ley, el imperativo de afianzar la justicia, el derecho de libre comercio y contratación y el derecho de propiedad.

2) La falta de reserva en el certificado final de obra pública (aunque si se lo había efectuado en los provisorios) no puede enervar dichos principios constitucionales ni otorgarle el carácter de renuncia tácita a los derechos y garantías.

V.III Mapa Procedimental

MAPA PROCEDIMENTAL



NOTA: Se tomará como presupuesto fáctico que la presentación de certificados de obra se realiza cada mes calendario