

DICTAMEN 123

Ref. Expte. N° 1300-2598-2014,
Secretaría de Estado de Ambiente y
Desarrollo Sustentable – Subsecretaría
de Conservación y Áreas Protegidas E/
s/ Adquisición de dos conjuntos de
estructuras modulares.

SEÑOR SECRETARIO DE ESTADO DE
AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE:

Vienen las presentes actuaciones a consideración de esta Asesoría Letrada de Gobierno, con proyecto de decreto, por el cual se desestima el Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio, por la empresa "Cicon S.R.L.." contra la Resolución N° 1718-SEAyDS-19 (fs. 147).

1. ANTECEDENTES: Tramitan en estas actuaciones la contratación para la adquisición de dos conjuntos de estructuras modulares, con destino al Refugio Lavadero y al Refugio La Majadita, Reserva de Biosfera San Guillermo, Departamento Iglesia, para lo cual, a fojas 150, mediante la Resolución N° 1171-SEAyDS-14, se autoriza el llamado a la Licitación Pública N° 33/14. Declarada desierta la Licitación Pública, por la Resolución N° 0156-SEAyDS-15 (fs. 180), se autoriza la Contratación Directa para dicha adquisición; posteriormente, la Resolución N° 0317-SEAyDS-15, rechaza las ofertas del Cotejo de Precios presentadas (fs. 636).

A fojas 727, la Resolución N° 1043-SEAyDS-2015 autoriza la Contratación Directa, conforme lo dispuesto por el Art. 69 inc. 4) ap. d) de la Ley de Contabilidad, a favor del oferente Eduardo Carazo, por la adquisición de un conjunto de estructuras modulares para el refugio Lavadero (Art. 1º), y a favor del oferente Cicon S.R.L. para el refugio la Majadita (Art.2º).

A fojas 740/743, obra Contrato de Provisión e Instalación del sistema modular prefabricado en el Refugio La Majadita, Reserva San Guillermo, celebrado entre la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sustentable y la empresa Cicon S.R.L.

A fojas 819/822, obra Informe Técnico N° 083, de fecha 18/11/2015 y Acta de Constatación N° 0031-15 (fs. 823). A fojas 829/832, el Informe Técnico N° 085 de fecha 30/11/15 y Acta de Constatación N° 0033-15 (fs. 833). A fojas 928, el Acta de Constatación N° 0001151/15 de fecha 08/03/15. A fojas 946, Acta de Constatación N° 0001117/15, de fecha 20/04/16. A fojas 947/950, Acta de Constatación N° 0000875 de fecha 12/04/16.

A fojas 959/960, se agrega el Informe Técnico N° 150, de fecha 04/05/2016 de la Comisión de Adjudicación sobre avance de la contratación.

A fojas 969, se agrega Acta de Constatación N° 0001118/15 de fecha 08/06/16. A fojas 971, Acta de Constatación N° 00010139 de fecha 30/06/16. A fojas 995, la Resolución N°

0836-SEAyDS-2016 aprueba el Certificado de Avance. A fojas 998, obra Acta de Constatación Nº 0001124/15 de fecha 07/09/16. A fojas 1001, Acta de Constatación Nº 0001125/15 de fecha 08/11/16.

A fojas 1004/1005, obra Informe Técnico Nº 152 de fecha 17/11/16.

Vencido el plazo de ejecución y entrega convenido, a fojas 1010 se intimó a la empresa para que en el plazo de diez días dé cumplimiento, bajo apercibimiento de acciones administrativas y judiciales. A fojas 1011, la empresa presenta nuevo Plan de trabajos y solicita ampliación de plazos.

A fojas 1020, obra Acta de Constatación Nº 000790/15 de fecha 29/03/17. A fojas 1027/1031, Acta de Constatación Nº 000794/15 de fecha 28/06/17. A fs. 1034/1038, Cicon S.R.L. informa avances registrados.

A fojas 1039/1041, obra el Informe Técnico Nº 153 de fecha 18/07/17. A fojas 1044, Dictamen Legal Nº 871-AL-2017. A fojas 1050/1055, presentación de la empresa. A fojas Nº 1057/1058, se agrega el Informe Técnico Nº 154 de fecha 30/08/17. A fojas 1057/1058, el Informe Técnico Nº 154 de fecha 30/08/2017. A fojas 1068, el Informe Técnico Nº 155 de fecha 26/09/2017. A fojas 1082, el Informe Técnico Nº 156 de fecha 26/09/2017.

A fojas 1094, obra la Resolución Nº 930-SEAyDS-2018, de fecha 07 de agosto de 2018, por la cual el Secretario de Estado de Ambiente y Desarrollo Sustentable aprueba la Adenda al Contrato de Provisión e Instalación, celebrado entre la Secretaría y la empresa Cicon S.R.L. (Art. 1º); además aprueba la póliza de Seguro de Caución en Garantía de Ejecución de Contrato Nº 162068 de Sancor Seguros presentada por la empresa Cicon S.R.L. (Art. 2º). A fojas 1096/1097 se agrega la Adenda mencionada.

A fojas 1103/1105, se agrega Factura Nº 00000904 correspondiente al pago parcial realizado a favor de la empresa, conforme a lo estipulado en la adenda al contrato, en base al porcentaje de avance del producto. A fojas 1108, la Resolución Nº 1187-MM-2018 aprueba el gasto. Se agregan formulario de ejecución de gasto-orden de pago y formulario de requerimiento de pago (1109/1110).

A fojas 1113, el Director de Conservación y Áreas Protegidas de la SEAyDS, en fecha 05/02/2019 informa que la empresa Cicon SRL hasta la fecha no se ha presentado en el Centro Operativo Jacinto González en el sector norte de la Reserva de Biosfera San Guillermo; a fojas 1115, en fecha 09/04/2019, informa que se encuentran vencidos los plazos para el cumplimiento íntegro del objeto del contrato. A fojas 1114, obra cédula de notificación diligenciada a la empresa en fecha 01/03/19, y a fojas 1120, la cédula diligenciada en fecha 18/04/19, intimando a la empresa, a fin de que emita descargo sobre incumplimiento contractual, e intimó a que haga la entrega de los módulos construidos, bajo apercibimiento.

A fojas 1121, la empresa realiza presentación de descargo. A fojas 1126, se agrega el Acta de Constatación Nº 00001645/15 de fecha 13/09/2018. A fojas 1127/1131, el Acta de Constitución labrada por la Delegación del Tribunal de Cuentas, en fecha

03/09/2018, por la cual realiza auditoría. A fojas 1132, Acta de Constatación de fecha 02/07/2019, constata que no han habido avances con respecto a las inspecciones anteriores.

A fojas 1136, se informa que el Comité de Administración del Fideicomiso "Fondo Fiduciario Área de Reserva de Biosfera San Guillermo" aprobó en la reunión de fecha 12/08/2019, que se proceda a la aplicación de sanciones por el incumplimiento total y efectivo de las obligaciones contractuales por parte de la empresa.

A fojas 1147, la Resolución N° 1718-SEAyDS-19, de fecha 06 de octubre de 2019, resuelve rescindir el contrato y adenda al contrato de Provisión e Instalación firmado con la empresa Cicon S.R.L., ante el incumplimiento de la contratista. A fojas 1148, se notifica la resolución a la empresa.

A fojas 1149/1171, Cicon S.R.L. interpone Recurso de Reconsideración con Jerárquico en subsidio contra la Resolución N° 1718-SEAyDS-2019.

A fojas 1176/1178, se agrega Acta de Constatación de fecha 05/02/2020, labrada por la delegación del Tribunal de Cuentas.

Previo Dictamen N° 0104-AL-2020 (fs. 1173/1175), la Resolución N° 0208-SEAyDS-2020, rechaza el Recurso de Reconsideración interpuesto. Notificado dicho acto a fojas 1180, la empresa presenta ampliación de fundamentos del Recurso Jerárquico interpuesto en su subsidio (fs. 1181/1202).

A fojas 1203/1204, emite opinión la Asesoría Letrada de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable mediante el Dictamen N° 0505-AL-2020.

2. ASPECTO FORMAL:
Conforme

las constancias de autos, la Resolución N° 1718-SEAyDS-2019 (fs. 1147), fue notificada en fecha 09/12/19 (fs. 1148). Teniendo en cuenta la presentación recursiva, de fecha 23 de diciembre de 2019 (fs. 1149), debe considerarse, conforme al art. 84, 89, 90, ss. y cc. del Decreto N° 0655-G-73, que el Recurso Jerárquico interpuesto en subsidio, fue hecho en tiempo y forma legal, por lo que corresponde su tratamiento sustancial. Se ha sustanciado y se ha expedido el servicio jurídico del área mediante el Dictamen N° 0505-AL-2020.

3. ASPECTO SUSTANCIAL:
Reclama la recurrente que el acto administrativo cuestionado, es nulo de nulidad absoluta por cuanto carece de los requisitos esenciales de todo acto administrativo, por estar viciado desde el punto de vista causal, de la finalidad, es arbitrario, y ha sido dictado en violación al debido proceso adjetivo (Art. 7º inc. b de la LPA). Por esta razón resulta una medida irrazonable, según el principio general de derecho derivado del Art. 28 de la Constitución Nacional y del Art. 7 inc. f) 2º parte de la LPA.

Señala que la empresa celebró contrato de obra pública con la Secretaría de Estado de Ambiente y Desarrollo Sustentable, por el cual se comprometió a provisionar e instalar un sistema modular prefabricado para el refugio La Majadita, Reserva de Biosfera de San

Guillermo, amparado en la Ley Nº 128-A, aún cuando formalmente la Secretaría, tal vez por no haber reparado en la naturaleza del contrato, lo haya considerado como un contrato de compraventa, y así no resulten aplicables la Ley de Obra Pública y decretos de redeterminaciones y/o readecuaciones de precios. Esta deficiencia en la calificación del contrato justifica para el Comitente la aplicación de la Ley de Contabilidad (sin posibilidades de pagos parciales y redeterminaciones de precios), que en proceso inflacionario, asfixiaron económica y financieramente a Cicon S.R.L., y que, si bien el pago parcial se concretó, su extemporaneidad, sumando a la situación económica descripta, impidieron el cumplimiento íntegro del contrato. Además, considera que no podía reclamar mayores costos y ajuste de precio del contrato por haber renunciado a ese derecho al suscribir la adenda, sin advertir que el reclamo versaba sobre los incrementos posteriores.

Reclama que el acto administrativo es nulo por vicio en la causa (Art. 7º LPA), porque ni los hechos y antecedentes como el derecho aplicable, justifican su emisión. Solicita la revocación de la resolución, subsanando además los errores de encuadre jurídico mencionados.

Además, denuncia la nulidad por no cumplir con la finalidad del acto administrativo, (Art. 7 inc. f, Ley Nº 135-A) por cuanto los funcionarios actuantes han procurado emitir el acto con la finalidad de beneficiar a la Administración, lo que supone un modo de desviación de poder. La resolución dispone la ejecución de la Póliza de Caución, que redundará en el pago de la suma por parte de la empresa, con grave perjuicio para ella, lo que pone de manifiesto el exceso de punición en la sanción aplicada a través de la resolución objeto de recurso.

Cuestiona que la resolución no se encuentra motivada (Art. 7 Ley 135-A), y como tal, es arbitraria, afectando su derecho de defensa. A su vez, afecta el Art. 1 inc. 10 3) que dispone que "...el acto decisivo haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueran conducentes a la solución del caso". En el caso, la resolución no considera los escritos presentados con anterioridad a la notificación de la misma, solamente indicando que mi parte solicitó "revisión de precios", lo que afecta el principio del debido proceso que hace a su derecho de defensa, y convierte la resolución en arbitraria, por lo que corresponde que se declare su nulidad. En la ampliación de fundamentos del recurso reclama que el acto administrativo que rechaza el Recurso de Reconsideración no analiza las nulidades planteadas.

Asimismo, solicita la suspensión del acto administrativo, conforme al Art. 12 de la Ley Nº 135-A, en virtud de encontrarse ante un claro supuesto de nulidad absoluta de la resolución administrativa.

Respecto de la cuestión planteada en estos autos, entendemos que corresponde el rechazo del Recurso planteado, por las siguientes consideraciones:

Debe tenerse en cuenta la participación de la empresa Cicon S.R.L. como oferente en la Licitación Pública Nº 33/14, autorizada mediante Resolución Nº 1171-SEAyDS-14, sujeta al Pliego General y Particular de Bases y Condiciones y a la Ley de Contabilidad vigente en aquellos aspectos no especificados; dicha participación implicó para la empresa el conocimiento y aceptación de dicha normativa.

Declarada desierta la licitación, mediante la Resolución N° 1043-SEAyDS-2015 se autorizó la Contratación Directa, conforme lo dispuesto por el Art. 69 inc. 4) ap. d) de la Ley de Contabilidad, a favor del oferente Cicon S.R.L. para el refugio la Majadita (Art.2º), la que se materializó a través del Contrato obrante a fojas 729. Establece este contrato como su objeto "la provisión e instalación del sistema modular prefabricado, en el Refugio Lavadero Reserva de Biosfera de San Guillermo, Dpto. Iglesia, San Juan (Art. 1º), el cual deberá cumplir con la organización funcional propuesta por la Contratista en los planos, y oferta presentados que son parte integrante del contrato (Art. 2º).

En tanto los derechos de la Administración derivan del objeto del contrato, una vez vencido el plazo contractual previsto, la Administración exigió la entrega e instalación de los módulos en la Reserva, conforme lo convenido. Por ello, de acuerdo al objeto del contrato, entendemos que no corresponde la aplicación de la Ley de obra pública como pretende la recurrente, estando el contrato debidamente encuadrado en la normativa referida.

Debe destacarse en este punto que la recurrente prestó su plena conformidad al derecho aplicable al momento de la firma del contrato, y también al suscribir la adenda, derecho que ahora cuestiona, solo a los fines de justificar la nulidad de la contratación, que la exima de la sanción por su incumplimiento. Debe recordarse que "El voluntario sometimiento, sin reservas expresas a un régimen jurídico, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación posterior, teniendo en cuenta que las garantías constitucionales pueden ser renunciadas por los particulares de manera expresa o tácita, cuando el interesado realiza actos que según el significado que a su conducta quiera atribuir implica el consentimiento de los preceptos que luego se impugnan como contrarios a esas garantías" (fallos 305:826; 307:358 y 432).

Enseña Marienhoff: "...Para establecer lo atinente al derecho que ha de aplicarse en materia de contratos administrativos, podrá recurrirse a los mismos criterios aceptados para establecer cuál es el derecho que rige en materia de actos administrativos. No obstante, en lo esencial, no debe olvidarse la vigencia del texto mismo del contrato, ya que éste, a pesar de ser "administrativo", constituye siempre la "ley de las partes" y la "substancia" misma de lo que éstas han querido regular...Por más características propias que tengan los contratos "administrativos", características que se traducen en prerrogativas especiales en favor de la Administración Pública, ellos no dejan de ser "acuerdos" entre partes. Más aún: si bien a raíz de esas prerrogativas especiales existentes a favor de la Administración Pública, en el contrato administrativo pierde imperio el carácter absoluto del viejo principio de derecho privado de que el contrato constituye la ley "immutable" de las partes, dicho contrato, en lo fundamental, sigue siendo, no obstante, la "ley de las partes", en el sentido de que él constituye y traduce la "substancia" misma de lo que éstas han querido regular... (Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, pág. 39, 122).

Por lo expuesto, rechazamos la nulidad del acto por vicio en la causa.

La adenda al contrato, firmada por las partes y aprobada por la Resolución N° 930-SEAyDS-2018, acordó un

nuevo plazo improrrogable de cuatro meses para el cumplimiento íntegro del objeto del contrato, a contar a partir de la fecha de recepción del requerimiento de pago por parte de la Contratista. Prevé la adenda el supuesto de fuerza mayor que puede invocar la contratista como causal de suspensión de los plazos y el procedimiento a seguir para su procedencia (Art. 1º). Además, autoriza el pago parcial, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 7º del contrato, basada en un porcentaje de avance del producto, durante el periodo de ejecución de las tareas, conforme certificación Nº 153 y 156 de fecha 18 de julio y 26 de septiembre de 2017, en un total del 59,13 % (Art. 2º).

El Art. 4º de la Adenda establece que "el incumplimiento en el plazo y condiciones pactadas será causal de rescisión del contrato que da origen a la presente adenda según lo establecido en su Art. 4, punto 4.7; pudiendo la Comitente rescindir el Contrato con imputación de culpa al Contratista, en caso de que las tareas comprendidas por el contrato, que deben llevarse a cabo en el plazo estipulado en el Art. 1º de la presente Adenda, no puedan o no hayan sido regularizadas en tiempo y forma previa intervención del Comité de Administración de Fideicomiso, ejecutándose la póliza de caución Nº 162068 Sancor Seguros...". Por el Art. 4º la Contratista renuncia a todas las acciones y reclamos que pudieran dar origen el Contrato de Provisión firmado por las partes, con su respectiva adenda.

Consta en autos la Resolución Nº 1187-MM-2018, que aprueba el gasto en concepto de pago parcial a favor de la contratista, el formulario de ejecución de gasto-orden de pago y formulario de requerimiento de pago. Vencido el nuevo plazo de ejecución, la empresa fue intimada por la Secretaría, por lo cual presentó su descargo.

Asimismo, obra el Informe de fecha 05/02/2019 (fs. 1113) del Director de Conservación y Áreas Protegidas que informa que la empresa no se presentó en el Centro Operativo Jacinto González en el Sector norte de la Reserva Biosfera de San Guillermo; además, las inspecciones posteriores realizadas, Acta de Constatación Nº 1645 de fecha 13/09/2018 y, a fojas 1132, el Acta de Constatación de fecha 02 de julio de 2019, que expresa que ha "...constatando que no han habido avances con respecto a las inspecciones anteriores de fecha del 28/06/2017 (fs. 1027) y 03/09/2018 (fs. 1126)...", que comprueban que, vencido el plazo otorgado por la adenda, la contratista incumplió las obligaciones asumidas. Asimismo, consta la intervención del Comité de Administración de Fideicomiso, conforme lo previsto por el Art. 4º de la Adenda al Contrato, que autorizan la rescisión del contrato con imputación de culpa al Contratista, todo ello cumpliendo lo previsto por el Art. 4 punto 4.7 del Contrato.

Es decir, conforme la documentación obrante en autos, queda debidamente acreditada la existencia de la causal de rescisión prevista en el contrato, que justifica y constituye la causa del dictado de la Resolución Nº 1718-SEAyDS-19.

Los hechos demuestran que se han vencido ampliamente los plazos previstos contractualmente sin que la empresa cumpliera sus obligaciones en tiempo y forma. Incluso, la Administración, mediante la adenda al contrato, no solo autorizó un pago parcial, sino que convino una ampliación del plazo para su cumplimiento, atendiendo al pedido de la empresa, sin embargo esta, luego de recibido dicho pago, no cumplió conforme lo convenido. Por lo tanto, la sanción dispuesta por la resolución recurrida, conforme a lo previsto contractualmente, Art. 4º de la adenda, corresponde que sea imputada a su culpa. El retardo o el

incumplimiento trae aparejada las sanciones que fueron previstas contractualmente, no habiendo aportado la recurrente causas eximentes de responsabilidad por dicho incumplimiento según lo acordado.

Reclama Cicon que, si bien el pago parcial se concretó, la situación económica produjo la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato que le impidió el cumplimiento de su obligación, y que cualquier renuncia que hubiera hecho de buena fe a reclamar mayores costos en el año 2018 (Art. 4 de la Adenda del contrato), no puede eximir a la Administración de considerar los antecedentes económicos sucedidos con posterioridad a ella.

Por el mencionado Art. 4 de la Adenda firmada, la recurrente renunció a todas las acciones y reclamos que pudieran dar origen el contrato con su respectiva adenda. En el punto 4.2 "expresamente renuncia a todo derecho y/o reclamo que pudiera corresponderle por mayores costos, redeterminaciones, gastos improductivos, lucro cesante, daños directos, incidentales, indirectos, consecuenciales o especiales de cualquier tipo, incluyendo, sin limitación, pérdida de beneficios, mercado, reputación, ingresos u oportunidades como así también cualquier otro derecho que pudiera corresponder por las demoras incurridas hasta su total finalización y entrega definitiva a la comitente así como también por la celebración de la presente adenda".

Rechazamos la procedencia del argumento de Cicon, conforme a los antecedentes de hecho y de derecho obrantes. Debe destacarse que, además de lo pactado en el mencionado Art. 4 de Adenda, la empresa se comprometió al cumplimiento de su obligación en el plazo de cuatro meses a contar desde el pago parcial aprobado; por el contrario, luego de producido dicho pago por parte de la Administración, la empresa no reclamó la imposibilidad de cumplimiento del contrato por la alteración de la ecuación económico-financiera del contrato que ahora alega en el recurso, sino que dejó transcurrir íntegramente el plazo pactado sin cumplir con su obligación y, luego de vencido, lo invocó solo ante el requerimiento de la Secretaría para justificar su incumplimiento en el nuevo plazo, según surge de la presentación del 23/04/2019 (fojas 1121) y ahora, en la presentación recursiva. Por lo tanto, entendemos que dichos argumentos no son procedentes para eximir a la recurrente de la sanción aplicada.

Al respecto, incluso la doctrina que se manifiesta a favor de la aplicación de la teoría de la imprevisión que pretende la recurrente, establece requisitos para su procedencia que en este caso no se cumple, ya que entiende que "...el "estado de imprevisión", pues, no exime al cocontratante de su obligación de ejecutar o cumplir el contrato. De ahí que si dicho cocontratante, en lugar de requerir el resarcimiento por "imprevisión", abandona la ejecución o cumplimiento del contrato, incurría en falta, haciéndose posible entonces de las sanciones correlativas"(Marienhoff, Miguel S., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Contratos de la Administración Pública teorías general y de los contratos en particular, pág. 204).

Asimismo debe rechazarse el reclamo acerca de que el acto está viciado en su finalidad porque persigue un fin distinto (no pagar el precio real de la contratación) al expresado en indebido beneficio a la Administración, y la falta de motivación del acto cuestionado, ya que queda debidamente acreditado que la rescisión dispuesta sólo responde a la culpa de la empresa ante su incumplimiento contractual, lo que ha sido debidamente expresado en los considerandos de la resolución recurrida.

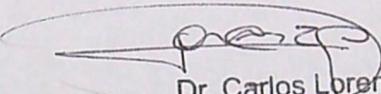
Asimismo, procede la ejecución de la ejecución de la póliza de caución, como garantía pactada contractualmente por las partes, rechazando que constituya exceso de punición.

Finalmente, respecto de la solicitud de suspensión de la resolución recurrida, conforme al Art. 12 de la Ley N° 135-A, no se dan en el presente caso los presupuestos allí previstos para su procedencia, en tanto que, conforme lo expuesto, no se ha encontrado asidero alguno a la nulidad absoluta del acto alegada.

En consecuencia, por los motivos expuestos, no habiendo aportado la recurrente nuevos elementos que justifiquen variar la voluntad de la Administración, entendemos que debe rechazarse el Recurso Jerárquico interpuesto por la empresa "Cicon S.R.L.", contra la Resolución N° 1718-SEAyDS-2019 (fs. 1147), la que, conforme los antecedentes de hecho y de derecho expuestos, se ajusta a derecho.

Remitimos nuevo proyecto de decreto a fin de complementar los fundamentos jurídicos incluidos en el proyecto de decreto acompañado, agregando las consideraciones realizadas en el presente dictamen, y cuya suscripción se recomienda al Poder Ejecutivo.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO, 08 OCT. 2020



Dr. Carlos Lorenzo
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO