DONAR ORGANOS
ES SALVAR VIDAS

INICIADOR: **INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA**
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas Nº 38

DICTAMEN ALG N° 56/15.

1.-

Sr. Presidente del Instituto Provincial Autárquico de Vivienda:

En virtud de la consulta efectuada, se procedió al análisis de la legislación aplicable a efectos de realizar una opinión, de acuerdo a nuestro leal saber y entender, que pretenderá abarcar sus inquietudes derivadas de la apreciación efectuada por el Contador Fiscal y el Tribunal de Cuentas y el marco normativo aplicable.

I - Como bien surge de la Resolución Nº 177/2014, de su parte dispositiva, el Tribunal de Cuentas ha rechazado el Proyecto de Resolución del Ministro Coordinador de Gabinete que aprueba el convenio de redeterminación final de precios derivado de la ejecución de un contrato de obra pública. El fundamento de la misma, recae en la intervención de Contraloría Fiscal a través del Dictamen DOB-276/14, siendo el único argumento que mana expresamente del 5º párrafo del considerando, en el cual surge que *"Contraloría Fiscal no conforma el trámite y el Proyecto de Resolución que aprueba el convenio de redeterminación de precios, aludiendo que la metodología utilizada (expresar los insumos a un período posterior al establecido) le provoca al Estado un daño patrimonial por el reconocimiento de un mayor costo del que no le corresponde asumir. Concluyendo que la contratista sería – en caso que ello suceda- doblemente beneficiada: el atraso no le significaría sanción y la renegociación abarcaría los precios de los insumos por períodos posteriores a los contractuales".*

Por lo tanto, de la lectura de tal intervención, cabe entender que el Contador Fiscal fija su postura interpretando, en primer lugar, que el plazo contractual de ejecución de la obra pública se encuentra vencido. En segundo término, que en ese estadio, es decir, con el plazo vencido, expresar los insumos le genera al Estado un daño patrimonial por el reconocimiento de un mayor costo. Y, en tercer lugar, como consecuencia de ello, sin lugar a dudas que se refiere a la metodología utilizada por el IPAV, manifiesta que la contratista se encuentra "doblemente beneficiada", dado que el atraso en la ejecución final de la obra no le significa sanción pecuniaria y a su vez, que la renegociación comprendería los precios

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO
Tº	Fº
I	116

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15

de los insumos por períodos posteriores al vencimiento del plazo contractual.

II – Metodología Aplicada

Ahora bien, lógicamente, en primer término debemos recurrir a la metodología empleada por dicho organismo autárquico.

Al respecto, cabe partir y entender que dicho procedimiento metodológico utilizado no se encuentra huérfano de legalidad sino que el mismo reposa en un fundamento normativo determinado, que es el artículo 62 de la Ley General de Obras Públicas.

En efecto, la aplicación de dicho articulado resulta ser adecuada a afectos de justificar una demora en la ejecución de la obra por causas, debidamente comprobadas, ajenas a la voluntad de la contratista.

Lógicamente, en este tipo de supuestos no existe un incumplimiento injustificado en la ejecución de la obra dentro del plazo convenido, por lo tanto la contratista no puede ser pasible de multa o sanción alguna. Es justamente en ese sentido, que la autoridad competente dicta un acto administrativo por el cual se lo exime de ser pasible de sanción por haber comprobado, la contratista, que el retardo en la ejecución y terminación de la obra se debió a una casusa no imputable a su voluntad, justificando así el tiempo por el cual se ha demorado la ejecución.

Y, congruente con ello, con un lógico razonamiento para mantener la ecuación económica financiera del contrato de obra pública, la administración comitente lleva adelante la renegociación del contrato hasta la ejecución total de su objeto, que es ni más ni menos que la obra en sí misma. Es decir, se incluye en el convenio de redeterminación de precio final el tiempo de demora en la ejecución y terminación de la obra.

Teniendo en cuenta lo expuesto cabe preguntarse lo siguiente, cual es la ilegalidad del procedimiento? Dado que el Contador Fiscal y el Tribunal de Cuentas, hacen referencia a una metodología pero **"No"** expresa cual es el vicio de legalidad en el procedimiento.

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15.

En ese sentido, la Ley General de Obras Públicas encauza el procedimiento que ha llevado adelante el IPAV, metodología que no implica vulneración alguna de la disposición legal.

Obsérvese, que el artículo 64, de la Ley N° 38, establece que *"Las demoras en la iniciación y ejecución de las obras o las ocasionadas por la imposibilidad de proseguirse las mismas por causas suficientemente graves no imputables al contratista y que no pudieran ser allanadas por gestiones del mismo, siempre que sean debidamente justificadas y denunciadas dentro del plazo de diez (10) días de producidas, se considerarán: a) En los dos primeros casos por la repartición respectiva, reservándose las actuaciones hasta la expiración del plazo contractual, a efectos de informar si corresponde o no otorgar prórroga en el plazo; b) En el tercero, con intervención del Consejo de Obras Públicas, el Poder Ejecutivo podrá autorizar la paralización de la obra con suspensión de plazo contractual de ejecución"*

Conforme tal expresión de la norma, el supuesto descripto no encuadra en tal postulado, dado que de entenderlo así, se debería proceder conforme el inciso "C". Es decir, paralizar la obra con la correspondiente suspensión del plazo contractual, lo que implica un verdadero perjuicio para el interés público a sabiendas de que no existe circunstancia que amerite tal decisión. Ello, en virtud de existir una palpable ausencia de inconveniente o frustración del fin del contrato, dado que el mismo se cumpliría en forma tardía por una causa ajena a la voluntad de la contratista, la cual, no adquiere ese calificativo de "grave" y sólo es justificativa de la demora en la terminación.

III – Objeción del Contador Fiscal

En cuanto a la consideración efectuada por el contador fiscal, cabe realizar las siguientes consideraciones:

a) **Plazo Contractual Vencido**

Si nos atenemos a la interpretación que ha efectuado Contraloría Fiscal y el Tribunal de Cuentas, vencido el plazo

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15

4.-

contractual sin cumplir con el objeto establecido, estamos en presencia de una causal de rescisión contractual por incumplimiento de sus obligaciones prevista por el artículo 107 de la Ley 38. Con las consecuencias jurídicas que ello implica, sin existir, obviamente, posibilidad material alguna de hacer responsable a la contratista por tal incumplimiento.

Como ya lo indicáramos, de la lectura de la intervención de Contraloría fiscal, claramente se puede interpretar que ha expresado que el plazo contractual se encuentra vencido (causal de rescisión), como consecuencia de la metodología aplicada por el IPAV, ocasionándole un perjuicio económico al Estado por el reconocimiento de un mayor costo durante el período de retardo en la ejecución y culminación de la obra.

Nos parece totalmente desacertada la interpretación del contador fiscal y del organismo de control externo, dado que la relación contractual con la empresa sigue totalmente vigente. Cuyas obligaciones de la contratista no han podido ser cumplidas, en tiempo y forma, por existir un hecho o causa ajenas al obrar del contratista, que por serle extrañas a su voluntad resultan ser justificativas de las demoras en la ejecución final de la obra, libre de toda penalidad.

Coherente con ello, si la Administración comitente reconoce que las causas que impiden la ejecución y terminación de la obra le son ajenas a la contratista, y que justifican el retardo, no puede, bajo ningún punto de vista, eximirse de reconocerle un mayor costo que le ha ocasionado el atraso en la terminación de la obra por un causal ajena a su voluntad.

Por lo tanto, actuar en contrario se estaría transgrediendo el deber de cooperación y el principio de buena fe que debe imperar en todo contrato administrativo.

Y como consecuencia de lo expuesto, conforme el criterio del Tribunal de Cuentas, el perjuicio patrimonial no se generaría en contra del Estado sino que, evidentemente, se le ocasionaría a la firma contratista como consecuencia de la actividad administrativa irregular.

Asimismo, la ponderación de aquellas

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15

circunstancias fácticas y jurídicas como también la apreciación de aquellas de relevancia, como la conducta del contratista en la ejecución de los trabajos, su obrar coherente con el plan de trabajos, su aptitud para superar la dificultades que alteraban el normal desarrollo de los trabajos, y su capacidad para dar un cumplimiento acabado al fin del contrato, satisfaciendo así el interés público, necesariamente deben ser merituadas al momento de articular una metodología prevista en la norma para justificar la ejecución y terminación de la obra fuera del plazo contractual. Lógicamente, cuando existe una causa impeditiva que es totalmente ajena a su voluntad.

En definitiva, no estamos ante la presencia de nuevos trabajos dado que tal circunstancia, indudablemente, impone nuevos plazos para la entrega de la obra.

b) **Mayores Costos**

La aplicación de dicha metodología por parte del IPAV, resulta adecuada a los efectos de proteger la ecuación económica financiera del contrato.

Al respecto, partiendo del principio que en todos los contratos se aplicarán las cláusulas relativas al precio, en virtud de las cuales, juega un papel preponderante la invariabilidad del precio fijado contractualmente. Pero, sin embargo, dicho principio importa excepciones, tal lo reconoce la doctrina y jurisprudencia, como lo es cuando existen dificultades materiales imprevistas y completamente anormales para la ejecución del contrato, cuyo evento naturalmente altera la economía del contrato. Es por ello, que los precios fijados en el contrato no se aplican a los trabajos imprevistos, como aquellos que deben ser realizados fuera del plazo contractual por circunstancias, ajenas a su voluntad, que complicaron la culminación en tiempo y forma de la obra. Es un mayor costo que debió asumir el empresario, por lo que, se renegocia el contrato reconociendo los mayores costos a efectos de mantener lo más exacto posible la ecuación económico financiera tenida en cuenta al celebrar el contrato. Esta finalidad que se persigue con la redeterminación de precios no tiene como objetivo llegar a una rescisión del contrato, ni indemnizar

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15.

6.-

parcialmente al contratista, SINO REPARARLO INTEGRALMENTE Y LOGRAR LA NORAML CONTINUACIÓN Y CONCLUSIÓN DEL CONTRATO".

c) Doble Beneficio.

El criterio del doble beneficio de la firma contratista, al que hace referencia el contador fiscal, es que el atraso en la ejecución final de la obra no le significa sanción pecuniaria y a su vez, que la renegociación comprendería a precios de insumos por períodos posteriores al vencimiento del plazo contractual, no es compartido en modo alguno por esta Asesoría.

Es ajeno tal criterio al entendimiento de esta Asesoría, dado que el mismo adolece de un razonamiento que implica un pequeño esfuerzo interpretativo del marco legal, de la relación contractual, de la etapa en que se encuentra la ejecución de la obra y de la causa impeditiva totalmente extraña a la voluntad del contratista. Por lo tanto, resulta imposible tipificar un beneficio patrimonial la exención de una multa, porque la empresa ha demostrado y justificado que la causal que implica la demora en la terminación de los trabajos, en el plazo contractual estipulado, no es atribuible a su accionar ejecutivo del plan de trabajo.

Y a su vez, la Administración comitente acepta, afirma, certifica, consiente o como mejor quiera llamarlo, dicha causal impeditiva que justifica la dicha demora.

Todo, lógicamente, al amparo de lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley N° 38.

Por otra parte, la renegociación de los contratos de obra pública, en lo sustancial, se encuentra regulada específicamente por el Decreto N° 1024/02, el cual comprende *"la fijación de nuevos plazos, nuevos análisis de precios, nuevos presupuestos, nuevos planes de trabajo y curvas de inversiones, que reemplacen a los previstos en los contratos originales"*.

En razón de ello, al momento de emplear al procedimiento de renegociación, redeterminando prioritariamente los precios de los ítem se comprende "el periodo de ejecución de la obra" en su totalidad.

INICIADOR: INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas N° 38

DICTAMEN ALG N° 56/15.

7.-

Tal es así, que si estaríamos ante el supuesto de encontrarse vencido el plazo contractual por causa imputable a la contratista o, en su caso a la administración comitente, procedería el mecanismo de la recisión contractual y no el procedimiento de la redeterminación de precios final de la obra, máxime teniendo en cuenta la consecución del interés público que lleva implícito la finalización de la obra.

Es decir, el beneficio de la empresa a causa de la redeterminación de precios finales no es tal como concluye el contador fiscal sino que ha soportado mayores costos por causa no imputable a su obrar, y el convenio se ha suscripto para restablecer la ecuación económica financiera del contrato dado que el desequilibrio se produce "SIN CULPA DE LA FIRMA CONTRATISTA".

Al respecto cabe citar a Marienhoff, quien nos ha indicado que: *"El cocontratante, al celebrar su contrato con la Administración Pública, lo hace con el propósito de obtener un beneficio, que generalmente resulta calculado no sólo sobre la índole de la prestación que realizará (servicio público, obra pública, suministro, transporte, etc,) sino también sobre el capital a invertir en maquinarias, útiles, combustible, jornales, etc.,; no ha de olvidarse, como bien se ha dicho, que el cocontratante es un particular que busca en el contrato administrativo su interés financiero, que a su vez se concreta en la remuneración que le reconoce el contrato. El contrato, celebrado con compromiso recíproco de ambas partes, le asegura al cocontratante la obtención de ese beneficio. Precisamente, ese el motivo que determinó al cocontratrante a contratar. Cuando ese beneficio, sea por causas imputables a la Administración pública o por causas no imputables a ésta, sobrevinientes e imprevisibles en el momento de contratar – y que reúnan determinadas características – sufra un menoscabo, el cocontratante tiene derecho a que el beneficio previsto sea restablecido, o a que los perjuicios ocasionados sean atenuados. Esto es lo que se llama derecho al mantenimiento del equilibrio económico financiero del*

INICIADOR: **INSTITUTO PROVINCIAL AUTÁRQUICO DE VIVIENDA**
EXTRACTO: S/ Opinión sobre aplicación del artículo 62, Ley General de Obras Públicas Nº 38

DICTAMEN ALG Nº 56/15.

8.-

contrato, o restablecimiento de la ecuación financiera"[1]

III - Conclusión

Coherente con todo lo expuesto, cabe concluir que el procedimiento llevado a cabo por el Instituto Provincial Autárquico de Vivienda no ha sido equivocado conforme el marco normativo que rige la relación contractual con la firma constructora, la cual, no es ni más ni menos que un colaborador para la consecución del interés público, que se persigue con la finalización de la obra pública encomendada.

Es por ello, que esta Asesoría Letrada de Gobierno, desde un análisis estrictamente jurídico sobre el bloque de legalidad que comprende la relación contractual, entiende que resulta ajustado a derecho el accionar de dicha entidad autárquica, siendo necesario e imperioso obrar acorde a los principio de eficiencia, economía y eficacia.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa, 18 MAY 2015

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO ★

DANIELA M. VASSA
ABOGADA
ASESOR LETRADO DE GOBIERNO
PROVINCIA DE LA PAMPA

[1] Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-A, página 469, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Año 1980.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO	
Tº	Fº
I	123