

*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

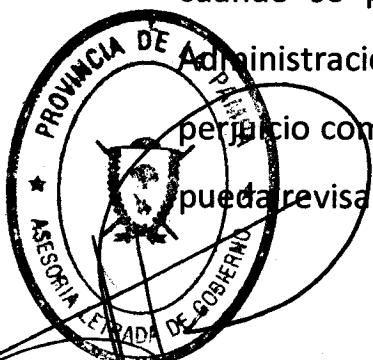
**DICTAMEN ALG N° 310/16**

**Señor Ministro de Obras y Servicios Públicos:**

En las presentes actuaciones administrativas se ha requerido la intervención de este Órgano Asesor, a los efectos de emitir opinión sobre el Recurso Jerárquico procedente de manera subsidiaria al Recurso de Reconsideración interpuesto por la Empresa B.K CONSTRUCCIONES S.H contra la Resolución Ministerial N° 226/16 (fs.154/155), por la cual se rechaza el reclamo impetrado por la empresa mencionada solicitando el pago de una compensación financiera e impuestos referidos a trabajos adicionales realizados en el Hospital Padre Buodo de General Acha, La Pampa.

En primer lugar, y sin perjuicio de oportunamente realizar el análisis sobre lo planteado por la empresa a fs. 170/174 bajo la denominación de "Recurso de Reconsideración con Jerárquico en Subsidio", no está de más recordar, que tanto uno como otro recurso, son medios de impugnación de actos administrativos, ya sea por razones de legitimidad u oportunidad.

Con ello quiero decir, que cuando se pretende poner en crisis la validez de la actuación de la Administración Pública se debe precisar el acto administrativo que causa perjuicio como también sus elementos viciados a fin que la Administración pueda revisar su proceder ilegítimo o inoportuno.



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

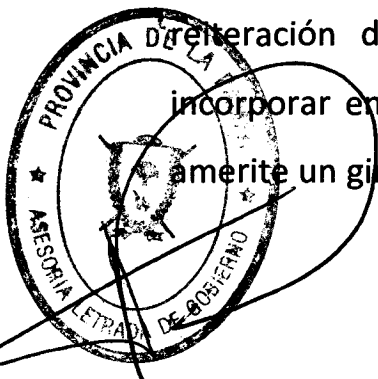
**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

En este sentido, el Artículo 88 del Decreto N° 1684/79 establece: *"La presentación de los recursos administrativos deberá ajustarse a las formalidades y recaudos previstos en los artículos 22 y siguientes, en lo que fuere pertinente, indicándose además, de manera concreta, la conducta o acto que el recurrente estimare como legítima para sus derechos o intereses..."*.

Nótese al respecto, que del escrito deducido por la empresa a fs. 170/174 si bien se consigna el acto administrativo recurrido, no se vislumbra crítica alguna referida a la carencia de elementos esenciales constitutivos de la Resolución N° 226/16 del Ministerio de Obras y Servicios Públicos como tampoco a supuestos vicios que afectarían la validez de dicho acto administrativo, sino que, por el contrario, se limita a lo largo del libelo recursivo, además de comentar el íter administrativo propio de todo expediente, a reiterar y fundamentar el reclamo económico relativo al abono de una compensación financiera e impuestos, haciéndolo en términos idénticos al reclamo efectuado a fs. 140/145 del expediente de marras.

Es por ello que, adelantando opinión, el presente recurso jerárquico está condenado al fracaso, dada la reiteración del reclamo administrativo rechazado oportunamente sin incorporar en esta instancia jerárquica ningún argumento novedoso que amerite un giro en la decisión adoptada por la Administración Pública en la



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

Resolución N° 226/2016 del MOySP y sostenida con posterioridad en la Resolución N° 252/16 del MOySP.

Es así, que el recurso jerárquico aquí analizado, lejos de atacar un acto administrativo por ilegítimo, arbitrario o inoportuno, se agota en un mero descontento con el acto administrativo-226/2016 del MOySP- que no hace lugar a su reclamo.

Adentrándonos ahora al planteo formulado en el reclamo y reiterado en el presente recurso en cuanto a la pretensión de la Empresa B.K CONSTRUCCIONES S.H consistente en el pago de una suma de dinero en concepto de compensación financiera más intereses, cabe señalar que tal reclamo debe rechazarse por las razones de hecho y derecho que seguidamente expondré.

Para contextualizarnos en la cuestión planteada, resulta necesario mencionar que por el Expediente N° 250/2013, caratulado "MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS S/ REPARACIONES EN EL ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL PADRE BUODO DE GENERAL ACHA (L.P), la empresa contratista, ahora reclamante, al momento del reinicio de las tareas de reparación del nosocomio realizó trabajos adicionales no previstos contractualmente en el Contrato de Obra Pública adjudicado



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

mediante Decreto N° 1313/13 como tampoco en el pliego licitatorio de la obra.

Ello es así, en virtud de la aparición de circunstancias calificadas por la misma Dirección de Obras Básicas como *'trabajos imprevistos, vicios ocultos y tareas de difícil precisión originalmente al momento de elaborar el pliego'* pero que resultaban necesarias a fin de llevar a cabo lo estipulado en el contrato y pliego licitatorio.

En consecuencia, la empresa contratista decidió ejecutar las tareas no previstas en el Pliego Licitatorio para así poder continuar y finalizar con los trabajos previstos en aquel, concluyendo en la ejecución del 100% la obra contratada.

Entonces, clarificando esta situación, vale decir que nos encontramos ante la ejecución de trabajos no previstos en el contrato de obra pública ni el pliego licitatorio, los cuales tampoco fueron incorporados al mismo como trabajos adicionales en el marco de los artículos 65 y 66 de la Ley N° 38. Por lo tanto, resulta obvio que los trabajos mencionados escapan a las disposiciones de la Ley General de Obras Públicas- y a la normativa a fin.

Y si bien, estas tareas fueron desarrolladas por la contratista por fuera del contrato de Obra Pública y sin autorización



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

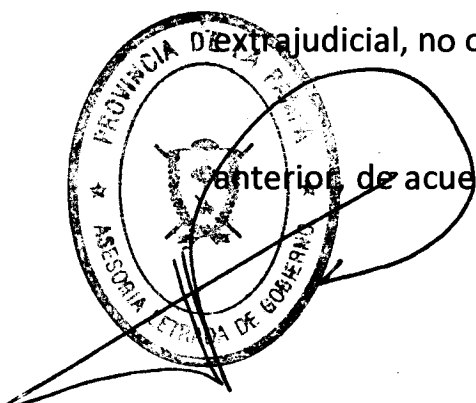
**DICTAMEN ALG N° 310/16**

-al menos formal- de la Administración Pública ni contralor correspondiente, lo cierto es que fueron ejecutadas en su totalidad. Ante esta realidad, el Estado Provincial a fin de evitar un reclamo económico por enriquecimiento ilícito y actuando de buena fe, decide resolver dicha situación abonado el costo real que insumieron aquellas tareas adicionales concertando el pago en el ámbito extracontractual.

A tal efecto, el Gobernador de la Provincia C.P.N Oscar Mario Jorge suscribió el Decreto N° 819/15 facultando a la Fiscalía de Estado, en el marco del artículo 1º y 4º inc. b) de la N.J.F N° 888, a iniciar las acciones extrajudiciales que le compete al Estado Provincial con el objeto de proceder al efectivo pago de los trabajos adicionales por un importe de DOS MILLONES SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIDOS CON SESENTA CENTAVOS (\$2.066.722,60), conforme al Presupuesto elaborado por la Dirección General de Obras Públicas.(Conf. Art. 1º del Decreto N° 819/15 obrante a fs. 70/71).

Aquí es relevante señalar que a fs. 94 del expediente de marras la Empresa B.K Construcciones S.H toma vista de las actuaciones y presta conformidad al trámite impreso a las mismas relativas al pago del costo de los trabajos adicionales en el ámbito extrajudicial, no ofendiéndole el monto consignado en el Decreto.

De manera concordante con lo anterior de acuerdo a la competencia atribuida por la N.J.F N° 888 y en el



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

marco de la habilitación legal dada por el Decreto referenciado ut supra, el Fiscal de Estado a través de Resolución N° 28/2016 resuelve "suscribir con el Sr. Luis María KENF, en su carácter de socio de la firma B.K Construcciones S.H, el Convenio extrajudicial, que como Anexo, forma parte de la presente, en un todo de acuerdo con la autorización otorgada por el Decreto N° 819/2015". (Conf. Art. 1º de Res. N° 28/2016 de Fiscalía de Estado).

Por consiguiente en el Convenio de Pago celebrado entre el Gobierno de la Provincia de La Pampa y el Sr. Luis María Kenf, en su carácter de socio de la firma B.K Construcciones S.H, se acuerda lo siguiente: "CLAUSULA PRIMERA: "LA PROVINCIA" reconoce adeudar a la ACREEDORA la suma de PESOS DOS MILLONES SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIDOS CON SESENTA CENTAVOS (\$2.066.722,60), en concepto de trabajos adicionales realizados en el establecimiento Asistencial Padre Buodo de la ciudad de General Acha, reclamados por la "ACREEDORA".

CLAUSULA SEGUNDA: Las partes convienen el pago de la suma de PESOS DOS MILLONES SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTIDOS CON SESENTA CENTAVOS (\$2.066.722,60) equivalente al cien por ciento (100.00%) de la

deuda reconocida por la Provincia de La Pampa, a efectuarse una vez suscripto el presente convenio.



Provincia de La Pampa  
Asesoría Letrada de Gobierno



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

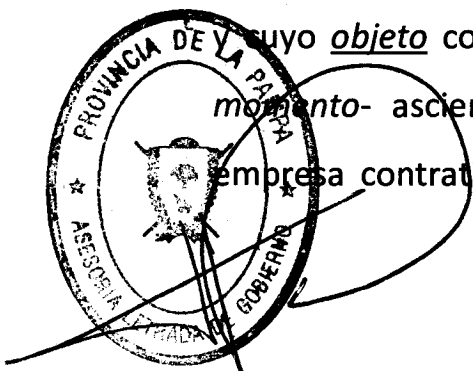
**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

*CLAUSULA TERCERA: "LA ACREEDORA" manifiesta que con este acuerdo se ha logrado una justa composición de sus derechos desistiendo de cualquier otra acción y/o reclamo, manifestando que una vez percibida la suma acordada nada más tendrá que reclamar a la "LA PROVINCIA" por los conceptos detallados en el Presupuesto Oficial obrante a fs. 43 y reclamados mediante nota agregada a fojas 79/80, del expediente administrativo N° 14113/15".*

Entonces del marco legal reseñado precedentemente, es decir, del Decreto N° 819/15, de la Resolución N° 28/2016 de la Fiscalía de Estado y del Convenio de Pago suscripto se advierte lo siguiente: por un lado, la Provincia de La Pampa reconoce que los trabajos imprevistos en el Contrato de Obra Pública fueron ejecutados en su totalidad, y que no obstante estar por fuera del Pliego Licitatorio, del Contrato y, por ende, ser ajenos a los alcances de la Ley N° 38 y sus reglamentaciones, deben ser abonados. Con tal propósito la Provincia, adopta la modalidad extrajudicial para abonar lo adeudado mediante un Convenio de Pago suscripto con la empresa contratista. Asimismo, dicho convenio cuya causa radica en el reconocimiento de una deuda a favor de la contratista en virtud de trabajos adicionales realizados

cuyo objeto consiste en el pago de una suma de dinero que *-en todo momento-* asciende a \$2.066.722,66 y no más, fue suscripto por la empresa contratista brindando su consentimiento y manifestando así su



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

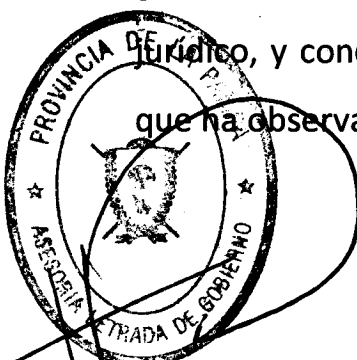
**DICTAMEN ALG N° 310/16**

voluntad. Por su parte, a ello hay que sumarle, que la contratista manifiesta que con el acuerdo concertado se logra una justa recomposición de sus derechos desistiendo de cualquier otra acción y/o reclamo.

Por cierto, es dable señalar que el sustrato jurídico dentro del cual se justifica el actuar de la Administración Pública Provincial, esto es Decreto N° 819/15, Resolución N° 28/2016 de la Fiscalía de Estado y del Convenio de Pago suscripto por ambas partes, no se encuentra cuestionado por la empresa ya que no fueron recurridos oportunamente, sino por el contrario, fueron consentidos inclusive de manera expresa tal como consta a fs. 94 además de la rubrica del Convenio de Pago.

Por consiguiente, de lo relatado se desprende que el reclamo que entabla la contratista resulta contradictorio con su conducta pasada, trasuntando un actuar desleal descalificado por el derecho en la máxima jurídica de "venire contra factum proprium non valet".

Es aquí, donde hace pie la Teoría de los Actos Propios, cuyo fundamento radica en el principio general de la buena fe que impregna la totalidad del ordenamiento jurídico, y condena la adopción por el sujeto de actitudes reñidas con las que ha observado anteriormente en la misma relación jurídica.





*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

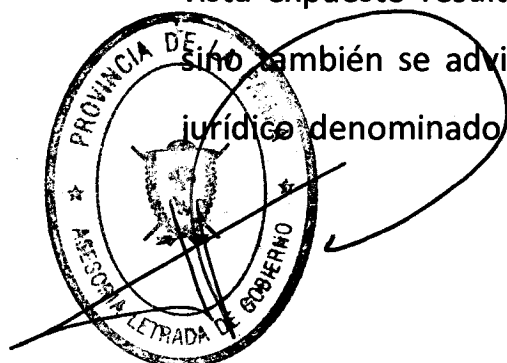
**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

De allí que, resulta inconsecuente analizar las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado sin siquiera haberse sentido molestado o agraviado en ese entonces por el alcance del acto; sirva de ejemplo en autos, la suma a abonar por la Provincia a la Empresa, la cual siempre se pactó en el monto de \$2.066.722,66, conforme lo previsto por el N° 819/15, en la Resolución N° 28/2016 de la Fiscalía de Estado y en el Convenio de Pago.

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tiene dicho en numerosos fallos que *"el sometimiento voluntario sin reserva expresa a un régimen jurídico obsta a su ulterior impugnación con base constitucional toda vez que no puede ejercerse una protección judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz"*. (Fallos: 149:137; 170:12; 175:262; 184:361; 202:284; 205:165; 241:162; 271:183; 279:350; 297:236; 300:147; 304:1180; 316:1802; 322:523; 325:1922, entre muchos otros).

Pero no solo desde el punto de vista expuesto resulta sin razón el reclamo y la vía recursiva empleada, sino también se advierte un desacierto en la interpretación del instituto jurídico denominado Compensación Financiera y, en consecuencia, en la



Provincia de La Pampa  
Asesoría Letrada de Gobierno



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

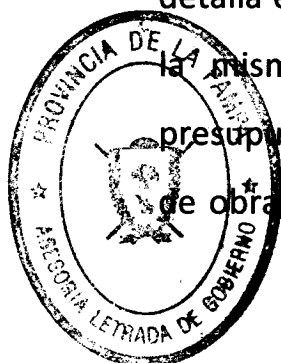
**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

pretensión de que la misma sea abonada e incluida implícitamente en el convenio de pago.

Recuérdese que la Compensación Financiera reclamada se encuentra regulada en el CAPITULO VIII - DE LA CERTIFICACION Y PAGO de la Ley N° 38 -Ley General de Obras Públicas-, que específicamente en el artículo 96 prescribe que *"En los casos en que la Administración Pública entre en mora en el pago de certificados, conforme los plazos máximos establecidos en esta Ley, o los plazos especiales que fije la autoridad de aplicación en los respectivos pliegos, se reconocerá una compensación financiera de acuerdo a la fórmula que se detalla en Anexo "C" a la presente. En cuanto a la fórmula del costo financiero se aplicará la "TASA DE INTERES DIARIA PARA PRESTAMOS FINANCIEROS con cesión de certificados de obra pública informada por el banco de la Pampa S.E.M. o, en su defecto la que la sustituya"*.

De la lectura del artículo transcrito, más el análisis de los elementos que componen la fórmula para calcular la Compensación Financiera de la que hablamos y que se detalla en el Anexo C de la Ley N° 1784, se advierte que para el cálculo de la misma se requieren ciertos factores que se constituyen en sus presupuestos. Así, la legislación requiere la identificación de certificados de obra, de acopio o de redeterminaciones de precios en condiciones de



*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

compensar, el plazo dentro del cual deben ser abonados, como asimismo la mora en la que incurrió la Administración.

Elo basta para ilustrar que el concepto de Compensación Financiera solo tiene cabida en un contrato de Obra Pública, dentro del cual se pueden pregonar los elementos aludidos, ausentes en un Convenio de Pago extrajudicial por obras adicionales e imprevistas en el referenciado contrato. Por tal motivo, no resulta extraño que dicho concepto se encuentre regulado en la Ley General de Obras Publicas bajo el Capítulo VIII -De la Certificación y el Pago- de la obra y sea exclusivo de ella.

Siguiendo esta lógica, deviene no ajustado a derecho aplicar dicho instituto al pago de trabajos que no fueron previstos en el contrato de obra pública que vinculó al Estado contratante con la Empresa contratista, ni tampoco incorporados como adicionales de obra en el marco de los artículos 65 y 66 de la L.G.O.P., situaciones que subsumirían dicho reclamo bajo un régimen de derecho público previsto en la Ley General de Obras Públicas N° 38.

Puesto que la compensación financiera por el plazo de pago de los trabajos objeto del convenio que motiva el presente se ejecutaron por fuera de un Contrato de Obra Pública y, por lo tanto, fueron ajenos a la aplicación de la Ley N° 38, mal podría pretenderse ahora aplicar el artículo 96 de aquella norma, cuando la

*Provincia de La Pampa*  
*Asesoría Letrada de Gobierno*



**EXPEDIENTE N°:** 14113/2015

**INICIADOR:** MINISTERIO DE OBRAS Y SERVICIOS PUBLICOS-DIRECCION GENERAL DE OBRAS PUBLICAS.

**EXTRACTO:** S/ TRABAJOS EJECUTADOS POR LA EMPRESA B.K CONSTRUCCIONES S.H EN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL "PADRE BUODO" GENERAL ACHA (L.P).-

**DICTAMEN ALG N° 310/16**

Contratista prestó su conformidad, sin reservas, para sustraerse del citado régimen legal aceptando el abono de lo debido mediante la modalidad de un Convenio de Pago, que de por cierto ostenta una naturaleza privada dado que su finalidad se circunscribe a reconocer una deuda y abonarla, sin verse comprometido en lo absoluto el concepto de interés público.

Sintetizando lo expuesto y a fin de no caer en redundancias, cabe indicar que además de no corresponder el pago de la Compensación Financiera reclamada en atención a su naturaleza, tampoco atañe su reconocimiento ya que no fue incluida en el Convenio de Pago firmado de común acuerdo por la Administración Pública Provincial y por la Empresa B.K Construcciones S.H, como tampoco fue tenida en consideración en las tratativas previas a la suscripción del mismo.

Por último, y en atención a lo argumentado, esta Asesoría aconseja se rechace el Recurso Jerárquico interpuesto por la Empresa B.K CONSTRUCCIONES S.H.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa, 30 NOV 2016



Dr. Alejandro Fabián GIGENA  
ABOGADO  
Asesor Letrado de Gobierno  
Provincia de La Pampa