

MORENO, **24 AGO 2023**

VISTO lo actuado en el expediente n° 40778-232496-J-2021, y;

CONSIDERANDO que vienen las presentes actuaciones a decisión de este Departamento Ejecutivo respecto de la presentación realizada el pasado 10-07-2023 por la empresa DIPRONOR S.A.C.I.F.I. mediante Alcance n° 13729, el que fuera agregado a los presentes actuados conforme constancia de fojas n° 1932.-

Que asimismo a fojas n° 1933 se encuentran agregado Alcance n° 13.799 y siguientes por los cuales la contratista reclama el pago de intereses que según sus dichos el Municipio le adeudaría por pagos de certificados de obra realizados hipotéticamente en mora por parte de nuestra Comuna.-

Que la precitada empresa resulta ser adjudicataria y por ende contratista del Municipio atento la Licitación Pública n° 38/2021 llevada a cabo para la realización de la obra pública denominada "CONSTRUCCIÓN DE POLIDEPORTIVO DIEGO ARMANDO MARADONA" mediante el dictado por parte del Departamento Ejecutivo del Decreto n° 2970/2021 del pasado 20/12/2021 por la suma de \$466.390.087,62 (Pesos cuatrocientos sesenta y seis millones trescientos noventa mil ochenta y siete con 62/100), encontrándose agregado en autos el contrato de obra suscripto entre nuestra Comuna y la premencionada empresa.-

Que a fojas n° 1372 se encuentra agregada copia del Acta de Inicio de Obra fechada el 16/03/2022.-

Que por Orden de Compra n° 2847/2021 la Secretaria de Obras y Servicios Públicos de nuestra Comuna solicita se realice el pago del anticipo financiero a la adjudicataria por la suma de \$139.917.026,29 (Pesos ciento treinta y nueve millones novecientos diecisiete mil veintisé con 29/100).- Registro de Compromiso de fojas n° 1352 y factura que luce agregada a fojas 1353.-

Que posteriormente por Decreto n° 513/2023 de fecha 15/02/2023 se dispone ampliación del plazo de obra por un término de 210 días contados a partir de la firma de pertinente Adenda, venciendo consecuentemente dicho plazo del 07/10/2023.-

Que con fecha 16/05/2023 por Decreto del Departamento Ejecutivo n° 1797/2023 dispone la ampliación contractual de la obra creando nuevos ítems de obra en un 35,43%

3298

monto original contratado, aplicando para ello economías y demasías, por lo que el nuevo monto total del contrato asciende a la suma de \$631.609.611,16 (Pesos seiscientos treinta y un millones seiscientos nueve mil seiscientos once con 16/100).-

Que a fojas n° 1907/1909 obra informe emitido por Secretaría de Obras y Servicios Públicos del cual surge que al día 31/05/2023 el avance físico real de la obra llega solamente al 18,99% (dieciocho con 99/100) de la misma, o sea, muy alejado del ritmo de obra que permita su finalización en el plazo pactado, circunstancia que es puesta en conocimiento de la adjudicataria mediante órdenes de servicio n°22 a la 31 en las cuales se deja constancia que el avance de obra se encuentra por debajo de lo estimado.-

Que en lo medular, sus planteos pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Mora en la emisión y pago de certificados de obra, atrasados.-
- Reconocimiento y pago por parte del Municipio de intereses por mora.-
- Falta de representatividad de la realidad económica aplicadas en las redeterminaciones de precios contempladas en el Decreto 1295/2002.-
- Reconocimiento y pago de precios unitarios de los ítems a valores actuales.-
- Falta de aprobación de demasías y economías.-
- Días de lluvia.-
- Finalmente reclama gastos improductivos (art. 55 de la Ley 6021) manifestando que "oportunamente" presentará la cuantificación de dichos gastos.-

Que la naturaleza jurídica de los contratos administrativos clásicos, por ejemplo el obra pública que hoy nos convoca, es la de un contrato de adhesión conforme la definición contenida en el art. N° 984 del Código Civil y Comercial de la Nación, por el cual se establece que el contrato por adhesión es aquel por el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente por la otra parte.-

Que de ello se desprende que el adjudicatario en una licitación pública, tal como la que nos ocupa, no puede discutir en modo alguno las cláusulas contenidas en el pliego licitatorio limitándose su autonomía de la voluntad al simple acto de ofertar o no en la licitación pública de que se trate y, de resultar adjudicatario, suscribir el correspondiente contrato y cumplir un todo con las cláusulas del pliego licitatorio y del contrato administrativo pertinente.-

Que la Cláusula n° 1.5 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares establece claramente que el flujo financiero por el cual el contratista ha de cobrar los certificados de obra tiene su origen en los fondos que regularmente debe remitir del MINISTERIO DE C

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL. CONSTE.

TIC. VERÓNICA FERNÁNDEZ
Del Grupo de Asesoría y Asesoramiento
Regulación y Habilitación de Actividades Administrativas
MORENO MUNICIPIO

3205

PÚBLICAS DE LA NACIÓN constituyéndose dicho ente en el agente financiero de la obra en cuestión.-

Que la Cláusula 1.16 del Pliego de Bases y Condiciones establece que los pagos se efectuarán dentro de los 30 días contra presentación de certificado de avance de obra, y efectiva percepción por parte del Municipio y de contar con fondos suficientes.- (el subrayado es nuestro).-

Que asimismo, en materia de posibles redeterminaciones de precios, la Cláusula n° 1.19 del pliego licitatorio establece que las posibles redeterminaciones de precios serán analizadas y aprobadas por el Ministerio de Obras Públicas de la Nación, Secretaría de Obras Públicas hasta el monto que resulte de la aplicación del mecanismo dispuesto por el Decreto 367/17 (derogado por Decreto 290/21).-

Que por otra parte, la Cláusula 1.30.1.1. del Pliego Licitatorio establece que tanto la continuidad como la misma ejecución de las obras depende de decisiones de terceros, ajenas al ámbito municipal. Por ello, en cualquier momento el Municipio podrá decidir la reducción del contrato sin que ello genere derecho alguno a favor del contratista, sea por lucro cesante o por cualquier otro concepto, cuando exista falta de poder financiero suficiente en la financiación de los trabajos.-

Que como se puede apreciar, de lo dicho en párrafos precedentes, el poder o flujo financiero necesario para la ejecución de la obra depende de la voluntad de un tercero totalmente ajeno al Municipio, estando el mismo en cabeza y manos del Estado Nacional, no del Municipio, por lo que no podemos menos que colegir que la continuidad de la obra depende de un hecho futuro e incierto, como es la continuidad o no del flujo financiero necesario para su ejecución por parte del Estado Nacional, configurándose consecuentemente una obligación de carácter condicional de tipo resolutoria conforme lo establecido en el artículo 343 del Código Civil y Comercial.-

Que por lo tanto, el reclamo que la contratista dirige al Municipio debe en realidad encaminarse hacia el Estado Nacional, único responsable del pago de los certificados de obra de las redeterminaciones de precio de la misma.-

Que de lo dicho se desprende que todo reclamo por atraso en los pagos de certificados de obra y/o redeterminaciones de precios, debe ser dirigido al Superior Gobierno Nacional y no al Municipio, el cual se encuentra deslindado de cualquier responsabilidad sobre el particular.-

Que todas y cada una de estas condiciones fueron aceptadas por la contratista DIPRONOR S.A.C.I.F.I. al momento de presentar su oferta y firmar el contrato de obra con

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL. CONSTE.

SECRETARÍA DE OBRAS PÚBLICAS
MUNICIPIO DE...
FEBRUARIO 2022

Municipio, por lo que su reclamo actual resulta contrario a las pautas y condiciones contenidas en el Pliego de Bases y Condiciones que aceptara sin reserva alguna al momento de presentarse en la licitación que nos ocupa, violando lo que en derecho se conoce como doctrina de los actos propios, dado que no puede venir ahora la contratista a cuestionar lo que aceptó en su momento sin hesitación alguna, lo que vulgarmente se conoce como no se puede borrar con el codo lo que se escribió con la mano.-

Que del detallado dictamen emitido por nuestra Contaduría Municipal obrante a fojas n° 1994, a cuyos concepto brevitatis causae remitimos surge claramente que el Municipio ha cumplido en tiempo y forma con los pagos a la contratista cuando ha contado con los fondos remitidos por el Superior Gobierno Nacional.-

Que por otra parte, tal como menciona el dictamen premencionado, la contratista en ninguna instancia ha reclamado intereses al momento de percibir el cobro de los certificados de obra.-

Que de lo dicho se desprende que el pago realizado por la Comuna con los fondos que le remitiera para ello el Superior Gobierno Nacional tiene plenos efectos cancelatorios no pudiendo la contratista, como ha intentado en otras oportunidades, volver sobre sus pasos y pretender reclamar ahora lo que no ha cuestionado al momento de percibir el pago del certificado de obra.-

Que no es otra la conclusión a la que debemos arribar luego de la lectura de los artículos n° 867/871 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

Que por otra parte, de manera coincidente, la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho, en su parte pertinente, en dictamen de fecha 25/07/1995, Expediente 9880/94 N° de Dictamen R00112, lo siguiente:

"... la aceptación del quantum consignado en el Acta Acuerdo como monto total de la deuda que se hizo efectiva mediante la entrega de títulos representativos de la correspondiente suma (BOTE) y la manifestación de que no tenía nada más que reclamar en la pertinente carta de pago, permiten sostener que no puede aceptarse como válido que la acreedora satisfecha y que convino voluntariamente con su deudora la propuesta de pago integral, con posterioridad intente volver sobre sus propios pasos . . . la seguridad jurídica, imperiosa exigencia del régimen concerniente a la propiedad privada, quedaría gravemente resentido si fuera admisible que pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien pretendiese ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz . . .".-

Que consecuentemente mal puede ahora la contratista pretender, como puede verse en párrafo precedente "volver sobre sus pasos" y reclamar al Municipio intereses por una supuesta e inexistente mora en el pago de los certificados de obra, cuando DIPRONOR S.A.C.I.F.I. ha aceptado como plenamente eficaz las Cláusulas n° 1.5, siguientes y concordantes del Pliego de Bases y Condiciones supra mencionadas

Que por otra parte surge del dictamen contable antedicho que la Comuna ha pagado SIEMPRE en tiempo y forma los certificados de obra presentados por la empresa y aprobados por el área técnica pertinente (ver fojas n° 1994/1995).-

Que atento ello no puede menos que colegirse que NADA DEBE ESTE MUNICIPIO A DIPRONOR S.A.C.I.F.I., ni capital por certificados supuestamente adeudados, ni mucho menos intereses, habida cuenta que la contratista no ha hecho reserva alguna al percibir el pago del pertinente certificado de obra, conforme la doctrina sustentada en el dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación antes mencionada, y que de las constancias de autos surge que el único responsable de mantener el flujo financiero necesario para el pago de la obra es el Estado Nacional y no el Municipio.-

Que la misma doctrina debe aplicarse en relación al pedido de redeterminación de precios planteada por la Contratista cuando a contramano de lo establecido en el Pliego de Bases y Condiciones alega la falta de representatividad de la realidad económica de las redeterminaciones de precios aplicadas.-

Que ello es así por cuanto la contratista, al presentar su oferta, la misma aceptó plenamente el régimen de redeterminación de precios fijado en el Decreto 290/2021, por lo que su cuestionamiento a destiempo deviene en improcedente.-

Que si la contratista DIPRONOR S.A.C.I.F.I. entendía que el régimen de redeterminación de precios fijado en el Pliego de Bases y Condiciones podría eventualmente resultarle perjudicial, debió haberlo planteado inmediatamente después de adquirido el Pliego de Bases y Condiciones y antes de realizar su oferta, mediante una consulta realizada por escrito al ente licitante o mejor aún al ente financiero, y mediante una circular con consulta emitida por dicho ente se le habría dado la respuesta que hubiere correspondido en el momento,, la cual a su vez habría pasado a formar parte del Pliego de Bases y Condiciones.-

Que lo que en definitiva la contratista viene a plantear ahora es una modificación de los precios contractuales, cuestión expresamente prohibida en virtud de lo normado en la Cláusula n° 2.6.8.3.1. del Pliego de Bases y Condiciones cuando la misma establece que el Contratista no tendrá derecho bajo ningún pretexto de error u omisión de su parte, a reclamar el aumento de los precios fijados en el contrato.

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL. CONSTE.

VERÓNICA FERNÁNDEZ
SECRETARÍA DE LEGISLACIÓN
MUNICIPIO DE MORENO

3298

Que atento el escaso avance de la obra, de poco más del 18% al 31-05-2013, la contratista no puede invocar en modo alguno a su favor la falta de cumplimiento de las obligaciones asumidas por la Comuna, por lo que más allá que el Municipio no ha incurrido en mora alguna en el pago de los certificados, dado que como se ha visto siempre ha procedido a realizar dicho pago cuando contó con los fondos para ello por parte del Superior Gobierno Nacional (ver Clausula 1.5 del Pliego de Bases y Condiciones), sino que la contratista debía continuar con la obra aún cuando hubiera existido algún tipo de mora en el pago de los certificados.-

Que por otra parte, la Cláusula n° 2.5.10.4 del Pliego de Bases y Condiciones establece claramente la PROHIBICIÓN DE SUSPENDER LOS TRABAJOS, por lo que el Contratista en ningún caso podrá suspender por sí los trabajos, aún parcialmente, sea por causa de divergencias en el trámite o por otras razones. -

Que la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires en doctrina de sus dictámenes, tiene dicho lo siguiente en Dictamen. Programa Federal Plurianual de Construcción de Viviendas. Contratos relativos a su ejecución. Excepción de incumplimiento. Atraso en el pago de certificados de obra. Alegación del presunto desequilibrio de la ecuación económica financiera del contrato. Aumento de costos. Causales improcedentes para justificar paralización y el posterior abandono de la obra. Derecho a requerir la rescisión, pero sin interrumpir unilateralmente los trabajos. Rescisión por culpa del contratista. Asesoría General de Gobierno. Corresponde al Expediente 4055-121/17 atento consulta realizada por la Municipalidad de Adolfo González Chaves.

" . . . Con el alcance y límite indicado, es de destacar que según se desprende de la información y documentación aportada, con fecha 27 de mayo de 2009 se suscribieron cuatro contratos entre la Municipalidad de Adolfo Gonzales Chaves y la empresa Pirámide SRL, destinados a la ejecución de 182 viviendas distribuidas en cuatro localizaciones, con un plazo de ejecución total de 310 días y un monto global inicial de \$14.610.409,78 pesos, elevado con posterioridad a la suma de \$30.908.700. Asimismo, surge que luego de las respectivas actas de inicio de fecha 20/01/14, se realizó una primera ampliación de dos meses del plazo de obra (de fecha 4 de agosto de 2014) y posteriormente una nueva ampliación de nueve meses, finalizando en consecuencia el plazo de las obras contratadas el día 20/12/15 (v. fs. 1/2 y documentación de fs. 3/23). Con fecha 14 de abril de 2016, la contratista solicita la neutralización de la obra y el pago del certificado N° 23 -adeudado desde Octubre de 2015- así como de las redeterminaciones solicitadas, arguyendo que el retraso ocasiona el quiebre de la

HELENA FERNANDEZ
Dra. en D. y C.
MURENO MUNICIPIO

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL. CONSTE.

LIC. MERONICA FERNANDEZ
SECRETARIA DE LEGISLACION
MUNICIPIO

ES COPIA FIEL DEL ORIGINAL. CONSTE

contratista en materia de obras públicas es de las llamadas de resultado y el comitente tiene la pretensión de obtener la obra completa, exenta de vicios; su prestación es de naturaleza indivisible y como tal no puede cumplirse sino por entero" (conforme S.C.B.A. autos "Empresa P.B.P. y Coimbra S.R.L. v. Municipalidad de Vicente López s/Demanda contencioso administrativa", de fecha 21/V/00). Dicha circunstancia invalida la pretensión de la contratista de esgrimir la falta de pago como justificativa de sus incumplimientos, más aún cuando la SCBA ha establecido en consonancia con el criterio arriba expuesto que "El contratista no puede abandonar las obras, ni aún en el supuesto más extremo puede rescindir per se el contrato, sino que solamente se encuentra autorizado a requerir la rescisión, y ante su negativa o silencio, recién puede requerirla judicialmente" (SCBA, B 48813 S 9-4-1991, Luis R. Borian y Cía. SACIFIC c/ Municipalidad de Pilar s/ Demanda contencioso administrativa); y que "No resulta procedente el extremo de abandonar las obras al amparo de un reclamo de rescisión del contrato. No corresponde desinteresarse del cumplimiento contractual mientras la Administración no acepte rescindirlo o hasta que no sea decidido judicialmente" (SCBA, B 50145 S 30-7-1991, C.O.P.Y.C. S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora s/ Demanda contencioso administrativa). Ergo, no basta con invocar la mera ruptura del equilibrio de la ecuación financiera del contrato para suspender unilateralmente la ejecución de las tareas, obligación esencial que el contrato pone a cargo de la empresa y de la cual no puede exceptuarse con alegaciones genéricas, aun cuando pretenda ampararse en el incremento de los precios derivados de la ejecución de las tareas, mayores costos o gastos improductivos originados en el retraso de la materialización del plan de trabajos o bien en el pago tardío de certificados emitidos en el curso de ejecución de los trabajos. En primer lugar, porque tales incidencias integran el alea del contrato administrativo de obra pública y corresponden a la órbita del riesgo empresario que la firma asume como propio al cotizar por la ejecución de una obra, sujeta como se sabe a un régimen normativo exorbitante del derecho privado. Desde esta óptica, es evidente que la empresa tiene el derecho de cotizar con entera libertad los precios que, en función de sus proyecciones sobre los vaivenes de la economía y los cálculos de rentabilidad, le permitan competir en condiciones de igualdad con otras ofertas para la concreción de un emprendimiento. Se trata de una decisión puramente empresaria, basada en la previsibilidad de sus propios cálculos y el riesgo empresario que implica ofertar una propuesta en condiciones de competitividad. Por ello, cuando el contratista estima su precio, lo hace siempre teniendo en cuenta la situación económica financiera existente en el momento de celebrar el contrato. Bajo ese orden de premisas, una vez que la firma realiza su propuesta está aceptando bajo su propio riesgo un régimen normativo que le impone cláusula

3298

LIC. VERÓNICA FERNÁNDEZ
Abogada y Publicista Normalista,
MORERO MUNICIPAL PIO

exorbitantes, basadas en la necesidad de proteger el interés público comprometido en la realización de la obra, y cuya existencia no puede válidamente desconocer. En el caso, se trata de la obligación de ejecutar la totalidad de la obra por un precio global, único, fijo, total y definitivo (cláusula tercera de los contratos agregados), no sujeto a actualización monetaria alguna, ni incremento por aplicación de intereses, ni al reconocimiento de variación de costos; ni a redeterminación de precios (cláusula décima), lo cual resulta comprensivo de todas las incidencias de esta naturaleza que pudieren afectar el contrato, así como los cálculos de rentabilidad de la contratista (cf. criterio expediente 4062-541/16). Por todo lo expuesto, atento los términos de la consulta efectuada por el Intendente Municipal de Adolfo Gonzales Chaves a fs. 1/2, este Organismo Asesor estima que existen elementos suficientes en orden a tener por acreditadas las causales que justifican la rescisión por culpa empresaria de los contratos destinados a la ejecución de la obra encomendada, con base en lo dispuesto en los arts. 60 -incisos a) y c)- de la Ley N° 6021 y Decreto N° 5488/59 . . .".

Que tampoco resiste el menor análisis el argumento traído en el punto VI del escrito a despacho, en el cual el contratista intenta introducir la cuestión de días de lluvia, que según su criterio habrían retrasado la ejecución de la obra.-

Que aquí el sentido común debe imponerse, toda vez que el mínimo avance de la obra desde el inicio de los trabajos y hasta la fecha del informe de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos, 18,99% al 31-05-2023, no se debió a la cantidad de días de lluvia, muy escasos en ese período y que en modo alguno pudieron haber tenido influencia en el atraso en la ejecución de la obra, sino que dicho atraso se debió pura y exclusivamente a la negligencia del contratista en la ejecución de la misma.-

Que nuestra Asesoría Letrada entiende que se encuentran reunidos en autos los recaudos necesarios para proceder a la rescisión del contrato que alguna vez uniera a la Comuna con la contratista DIPRONOR S.A.C.I.F.I. por culpa de esta última, atento los incumplimientos contractuales que la empresa viene realizando y conforme lo establecido en el art. N° 60 inciso "a" de la Ley 6021, de aplicación al ámbito municipal atento lo ordenado en el art. N° 149 de la LOM.-

Que a fojas n° 1994/1995 nuestra área económica sugiere proceder a la compensación de deudas entre nuestra Comuna y la contratista, en este caso, DIPRONOR S.A.C.I.F.I. teniendo para ello en cuenta el monto abonado por el Municipio a la empresa DIPRONOR S.A.C.I.F.I. en concepto de anticipo financiero, y el total de los certificados mencionados precedentemente.

3298

