



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
Las Malvinas son argentinas

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2017-01451997- -APN-DPAT#MDS – LICITACIÓN PRIVADA N° 95-0005-LPR17 - CONSULTA SOBRE LA FACTIBILIDAD DE DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL IMPUTABLE AL PROVEEDOR ANTE LA IMPOSIBILIDAD DE APLICAR PENALIDADES POR PRESCRIPCIÓN.

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted en el marco del expediente electrónico de la referencia, que ingresa para que esta Oficina Nacional tome intervención, a fin de satisfacer el requerimiento efectuado por la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el orden 33, págs. 1-3, obra la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2017-1729-APN-DGA#MDS, de fecha 27 de abril de 2017, por la cual se autorizó la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17 para la adquisición de equipamiento informático para red de datos.

Asimismo, mediante el artículo 2° del citado acto, se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares N° PLIEG-2017-03359244-APN-DPAT#MDS.

En el orden 302, págs. 1-11, se encuentra vinculada la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2017-3398-APN-DGA#MDS, de fecha 21 de noviembre de 2017, mediante la cual se aprobó lo actuado en la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17 y entre otros extremos, se adjudicó a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. los Renglones Nros. 5, 9, 19, 22, 23 y 28 --v. artículos 1° y 4°--.

En el orden 317, páginas 1-8, se advierte incorporada la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2017-3446-APN-DGA#MDS, de fecha 14 de diciembre de 2017, por cuyo conducto sustituyó el artículo 4° de su similar N° 3398/17. Ello así, se

adjudicaron a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. los Renglones Nros. 5, 9, 11, 19, 22, 23 y 28.

En el orden 330, páginas 1-4, rola la Orden de Compra N° 95-1378-OC17, emitida el 20 de diciembre de 2017 en favor del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., por la suma total de PESOS DOSCIENTOS ONCE MIL SETECIENTOS DIECISEIS (\$211.716,00).

En el orden 355, págs. 1-8, obra la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2018-49-APN-DGA#MDS, de fecha 27 de febrero de 2018, mediante la cual: 1) Se dejó sin efecto la adjudicación de los Renglones Nros. 1, 3, 4 y 13, correspondientes a la Orden de Compra N° 1376/17 emitida en favor de la firma LC GLOBAL S.R.L.; 2) Se dejó sin efecto la referida Orden de Compra N° 1376/17 y, en cuanto aquí concierne 3) Se adjudicó el Renglón N°1 a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. por la suma de PESOS SESENTA MIL CIENTO VEINTE (\$60.120,00.-) (v. artículos 1°, 2° y 5°).

En el orden 371, págs. 1-3, luce digitalizada la Orden de Compra complementaria N° 2/18, emitida el 2 de marzo de 2018 en favor de la sociedad comercial SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., correspondiente al Renglón N° 1 de la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17 (v. IF-2018-09380192-APN-DCYC#MDS).

En el orden 373, págs. 1-2, luce el Informe N° IF-2018-09700608-APN-DCYC#MDS, en el cual se digitalizó una presentación efectuada por SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., de fecha 5 de marzo de 2018, oportunidad en la cual el aludido proveedor manifestó ante el organismo de origen lo siguiente: *“...con respecto al Renglón N°1 nuestra firma no puede proveer las bobinas de cable de la marca cotizada ya que estamos impedidos a mantener el precio del mismo. Por lo tanto ofrecemos en su reemplazo bobinas de cable UTP categoría 5 de las marcas GLC, MX7 o equivalente. En caso de que la opción de cambio no se puede realizar lamentablemente no podemos aceptar la Orden de Compra que nos han enviado”* (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 376 se halla incorporado el Informe de la DIRECCIÓN DE SERVICIOS DIGITALES INFORMÁTICOS Y DE TELECOMUNICACIONES del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° IF-2018-10338235-APN-DISEEDIT#MDS, de fecha 9 de marzo de 2018, mediante el cual la citada instancia manifestó: *“...en relación a la presentación efectuada por la firma SGI S.A. obrante a fs. 373 respecto a la propuesta de cambio de marca correspondiente al renglón N°1 de la orden de compra de referencia (30 bobinas de cable UTP); ésta Dirección no considera viable el cambio ofrecido dada la inferior calidad de los bienes.”*

En el orden 380, págs. 1-2, obran digitalizadas constancias que dan cuenta de la notificación –a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A.– la no aceptación de la propuesta de cambio del producto cotizado para el Renglón N° 1, la cual tuvo lugar el 23 de marzo de 2018.

En el orden 403, págs. 1-2, luce vinculado el Dictamen de la DIRECCIÓN DE ASUNTOS LEGALES dependiente de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° IF-2018-34227124-APN-DAL#MDS, del 18 de julio de 2018, oportunidad en la cual la aludida instancia letrada concluyó: *“...cabe destacar que la adjudicataria requiere una modificación unilateral de su oferta original, apartándose de las previsiones estipuladas en la Orden de Compra N° 2/18. Dicho apartamiento, no obedece a juicio de esta Dirección General a la existencia de caso fortuito o fuerza mayor que hayan impedido a la presentante dar cumplimiento con los compromisos asumidos con este MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, toda vez que las causales alegadas no implican hechos imprevisibles o que previstos*

hubiesen resultado inevitables (...) Por lo expuesto, es opinión de este órgano de asesoramiento jurídico que de no ajustarse la mercadería a entregarse por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. a las previsiones de la Orden de Compra y al Pliego de Bases y Condiciones Particulares respectivo, correspondería proceder a la rescisión del contrato con culpa del proveedor, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y sus normas complementarias e imponer las penalidades correspondientes conforme a las facultades otorgadas por el artículo 102 incisos b) apartado 1 y d) apartado 1 del mencionado Reglamento.”.

En el orden 418, págs. 1-2, obra una presentación realizada por la sociedad comercial SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. el día 28 de agosto de 2018, en la cual manifestó ante el organismo de origen que: *“...ante la imposibilidad de cumplir con la entrega del material asignado a nuestra Empresa en el renglón N° 1 en el marco de la orden de compra de la referencia, solicitamos gentilmente proceda el organismo a la rescisión parcial del contrato...”.*

En el orden 440, págs. 1-2, luce vinculada el Acta de Recepción Definitiva N° 215/18 (v. IF-2018-07508582-APN-CRDBYS#MDS) mediante la cual la Comisión de Recepción del organismo de origen certificó el cumplimiento parcial de la Orden de Compra N° 95-1378-OC17.

En el orden 441, luce la Providencia N° PV-2019-92672654-APN-CRDBYS#MSYDS, de fecha 11 de octubre de 2019, documento en el cual la Comisión de Recepción informó el grado de ejecución, a esa fecha, de las Órdenes de Compra Nros. 1378/17 y 2/18. En dicha pieza se hizo constar el incumplimiento en la entrega de los bienes correspondientes al Renglón N° 5 (O.C. N° 1378/17) y la falta total de cumplimiento de la Orden de Compra complementaria N° 2/18.

En el orden 443 se advierte incorporado un proyecto de disposición individualizado como IF-2019-100773034-APN-DCYC#MSYDS, tendiente a: 1) Rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 1378/17, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., por CIEN (100) lectores de códigos de barra, correspondientes al Renglón N° 5 de la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17, equivalente a la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS (\$163.700.-), de conformidad con lo previsto en los artículos 98 y 102 incisos b) apartado 1° y d) apartado 1° del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias; 2) Aplicar a la firma citada la penalidad equivalente a la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por a la suma de PESOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS SETENTA (\$16.370.-); 3) Rescindir, en su totalidad, la Orden de Compra N° 2/18, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A por TREINTA (30) bobinas de cable UTP, correspondientes al Renglón N° 1, equivalente a la suma de PESOS SESENTA MIL CIENTO VEINTE (\$60.120.-), de conformidad con lo previsto en los artículos 98 y 102 incisos b) apartado 1° y d) apartado 1° del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias y 4) Aplicar al proveedor de que se trata la penalidad equivalente a la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por a la suma de PESOS SEIS MIL DOCE (\$6.012.-) (v. artículos 1°, 2°, 4° y 5°).

En el orden 489 obra la Providencia N° PV-2022-01907923-APN-DCYC#MDS, de fecha 7 de enero de 2022, en la cual la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL solicitó al servicio permanente de asesoramiento jurídico de la cartera de origen –en lo sustancial– *“... se indique el temperamento a adoptar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias...”.*

En el orden 500 tomó nuevamente intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del

MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL mediante Providencia N° PV-2022-37644506-APN-DGAJ#MDS, de fecha 19 de abril de 2022, en la cual manifestó: “...no corresponde la intervención de esta DIRECCIÓN, toda vez que la consulta efectuada no versa sobre cuestiones jurídicas. Asimismo, no pueden resultar motivo de ponderación ni de pronunciamiento por parte de este órgano asesor las cuestiones y constataciones fácticas (Dictámenes 206:364; 207:578; 217:205 y 244), como tampoco las técnicas y económicas (Dictámenes 192:79; 197:129, 201:167; 202:111; 206:1) ni el análisis de cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia (Dictámenes 197:28; 196:19; 197:185, 200:60; 201:43, entre otros).”.

Finalmente, en el orden 503, se encuentra vinculada la Providencia N° PV-2022-43536301-APN-DCYC#MDS, del 3 de mayo de 2022, mediante la cual la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL, solicita la intervención de esta Oficina Nacional, indicando al respecto lo siguiente: “...esta Dirección entiende que, según lo establecido por el artículo 103 del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias, ha operado la prescripción para que este Ministerio aplique las penalidades correspondientes al incumplimiento contractual por parte de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. (Órden de Compra N° 1378/17 y su ampliación N° 2/18) de conformidad con lo dispuesto en los artículos 98 y 102 incisos b) apartado 1 y d) apartado 1 de la normativa citada, respectivamente.

No obstante lo expuesto, esta Dirección advierte que el incumplimiento persiste por cuanto constituiría un antecedente negativo para los adjudicatarios, tanto para este Ministerio como para la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.

Por lo expuesto, y atento que no existen antecedentes análogos, se solicita tenga a bien brindar su asesoramiento respecto a la elaboración del acto administrativo pertinente; cómo correspondería identificar la existencia de incumplimientos por causas imputables al proveedor en el Sistema COMPR.AR, y si existen salvedades para la posterior remisión de los antecedentes de cada uno de los adjudicatarios que han incurrido en incumplimientos, a esa OFICINA NACIONAL.

En ese estado ingresan las presentes actuaciones a consideración de este Órgano Rector.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a los efectos de que se expida sobre: 1) La posibilidad de que el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL dicte un acto administrativo por el cual declare el incumplimiento contractual imputable a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., pese a la presunta prescripción de la facultad para que la autoridad competente del organismo de origen aplique las penalidades correspondientes; 2) Si existen o no óbices para la posterior remisión de los antecedentes para que esta Oficina evalúe la aplicación de sanciones en el ámbito de su competencia.

De tal modo, la primera consulta ha quedado circunscripta, en términos generales, a la factibilidad de dictar un acto administrativo que declare uno o más incumplimientos contractuales imputables a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., pero sin aplicación de penalidades, en razón de considerar operada la prescripción para el ejercicio de tal prerrogativa conforme lo establecido por el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16. Ello, a los fines de que, en futuras contrataciones, pueda meritarse tal incumplimiento como un antecedente negativo.

En segundo término, se solicita asesoramiento acerca de si corresponde o no el envío de los antecedentes, en los términos previstos en el artículo 29 *in fine* del Decreto Delegado N° 1023/01, en el artículo 110 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en la Comunicación General ONC N° 130/19.

-III-

ÁMBITO DE APLICACIÓN

En forma previa a efectuar un análisis del caso planteado, corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, cabe indicar que el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCUAL es una jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central, razón por la cual se encuentra incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable afirmar, en primer lugar, que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme surge de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata de la adquisición de equipamiento informático para red de datos y, asimismo, que no surge de las actuaciones constancias que permita inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que la contratación propiciada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

En lo concerniente a la reglamentación aplicable, cabe afirmar que en la medida en que la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17 fue autorizada por la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2017-1729-APN-DGA#MDS, de fecha 27 de abril de 2017, resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, normas modificatorias y complementarias.

Asimismo, resulta aplicable la Disposición ONC N° 65/16, por cuyo intermedio se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado "COMPR.AR", como medio para efectuar en forma electrónica todos los procedimientos prescriptos en el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

-IV-

ACLARACIONES PREVIAS

En forma liminar, ha de recordarse que este organismo no posee, entre sus atribuciones, funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nros.558/10, 611/10, 9/16, IF-2016-02153221-APN-ONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APNONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-

08248347-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APNONC#JGM, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, IF-2021-53459233-APN-ONC#JGM, IF-2021-65214312-APN-ONC#JGM, IF-2021-90727398-APN-ONC#JGM, IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM e IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM, entre muchos otros).

Por otra parte, el ejercicio de un control de legalidad genérico sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección excedería el umbral de análisis del Órgano Rector, por cuanto se estarían supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico, de la autoridad con competencia para aprobarlo y/o de los organismos de contralor dotados de competencias específicas para dichos fines (v. IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM e IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM).

En consecuencia, la opinión que ha de brindarse en esta ocasión se circunscribirá al objeto de consulta delimitado en el Acápito II, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector.

-V-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

a) Régimen de penalidades y sanciones.

Para un mejor abordaje de la cuestión, en el presente apartado se efectuarán algunas consideraciones en cuanto concierne al régimen de penalidades y sanciones previsto en el Decreto Delegado N° 1023/01.

En este punto es de importancia traer a colación el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01, en la medida en que establece: “*PENALIDADES Y SANCIONES. Los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes penalidades y sanciones:*

a) PENALIDADES. 1. Pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento del contrato. 2. Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones. 3. Rescisión por su culpa.

b) SANCIONES. Sin perjuicio de las correspondientes penalidades los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles de las siguientes sanciones, en los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones: 1. Apercibimiento 2. Suspensión. 3. Inhabilitación...”

Del citado artículo se desprende, con meridiana claridad, que el Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado N° 1023/01 distingue entre penalidades –que resultan aplicables tanto en el período precontractual como en el contractual, por cuanto la norma las prevé tanto para los oferentes como para los cocontratantes– y sanciones.

En esa inteligencia, el régimen “sancionador” –en sentido lato– en materia de bienes y servicios se configura con: “...*las penalidades como tipos –infracciones– circunscriptos al marco contractual; en tanto las sanciones y sus consecuentes exceden el contrato puntal (así, por ejemplo, las suspensiones e inhabilitaciones)...*” (v. BALBIN, Carlos F., “*Manual de Derecho Administrativo*”, Ed. Thomson Reuters – La Ley, Buenos Aires 2015, pp. 595 - 596) (v. IF-2018-23708414- APN-ONC#MM).

Como es sabido, la aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importan: “...*el ejercicio de la coacción administrativa tendiente a compeler el cumplimiento de las obligaciones precontractuales asumidas por el oferente, o la correcta ejecución del contrato en tiempo y forma (tal, el caso*

*paradigmático de las multas coercitivas); además, pueden asumir el carácter de una indemnización tasada, o cláusula penal, v. gr., en el caso de la pérdida de la garantía de mantenimiento de la oferta o de cumplimiento de contrato” (v. RODRÍGUEZ, María José. *Reglamento de contrataciones de la Administración Nacional*. 1º edición. Editorial Ábaco. Buenos Aires, 2013. Pág. 132).*

Así, el inciso c) del artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece: “**FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.** La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: [...] d) La facultad de imponer penalidades de las previstas en el presente Régimen a los oferentes y a los cocontratantes, cuando éstos incumplieren sus obligaciones”.

La imposición de sanciones, por el contrario, es una facultad exclusiva y excluyente de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01); las mismas exhiben una finalidad claramente punitiva (v. RODRÍGUEZ, María José. *Op. Cit.* Pág. 132).

En otro orden de cosas, es menester recordar que, a nivel nacional, el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo y viene legalmente impuesto con independencia de que en un procedimiento de selección en concreto haya sido replicado expresamente en las cláusulas del pliego de bases y condiciones particulares o no –a excepción de las multas por determinados incumplimientos específicos en contratos de servicios o de tracto sucesivo, que para su aplicación requieren su incorporación al pliego– y es indisponible por las partes (v. Dictámenes ONC N° 164/14 e IF-2018-23708414-APN-ONC#MM).

En efecto, ni las penalidades ni las sanciones son de aplicación facultativa, sino que la autoridad competente en cada caso debe aplicarlas, verificados los presupuestos de procedencia.

Es decir que, desde el mismo momento en que un interesado decide participar en un determinado procedimiento de selección, se somete al sistema legal de derecho público vigente, en el cual se contemplan tanto penalidades como sanciones que deberán necesariamente ser aplicadas ante la verificación de incumplimientos a su cargo, a menos que el interesado invoque y acredite una eximente de responsabilidad, en los términos y con los alcances contemplados en el artículo 94 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 (v.g. caso fortuito, fuerza mayor, hecho del príncipe, excepción de incumplimiento contractual) o bien cuando se verifique el agotamiento de la competencia temporal para penalizar y/o para sancionar, conforme lo previsto en los artículos 103 y 109, respectivamente, del citado cuerpo reglamentario.

De otra parte, es menester tener presente que el Decreto Delegado N° 1023/01 y sus sucesivas reglamentaciones han posibilitado la aplicación en forma conjunta de penalidades y sanciones, sin que resulten excluyentes unas de otras (v. Dictamen ONC N° 164/14), no obstante lo cual, cuando no proceda la aplicación de penalidades con fundamento, por caso, en la expiración del plazo para penalizar o en una eximente de responsabilidad verificada, tampoco procederá la aplicación de sanciones, dado que los actos administrativos que aplican estas últimas se sustentan –entre otros elementos que integran su causa– en la firmeza en sede administrativa de los actos de penalidades que les sirven de antecedente.

Aclarado lo anterior, huelga señalar que, frente a un incumplimiento de contrato imputable a un proveedor del Estado, el Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla las siguientes “penalidades” en sentido estricto:

1. Rescisión del contrato. (Encuadre legal: Artículos 98 y 102, inciso d) apartado 1°).
2. Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato (Encuadre legal: Artículo 102, inciso b) apartado 1°).

Va de suyo que la rescisión del contrato y la consiguiente pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato podrán ser totales o parciales, afectando en este último caso a la parte no cumplida de aquél.

A su vez, otro extremo a considerar es que la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento

del contrato es una consecuencia que la normativa vigente enlaza necesariamente a la rescisión culpable. Dicho en otros términos: el presupuesto lógico de la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato, es justamente la rescisión por culpa del proveedor.

b) Prescripción de las penalidades.

El Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, en su artículo 103, estipula: “*PRESCRIPCIÓN. No podrán imponerse penalidades después de transcurrido el plazo de DOS (2) años contados desde la fecha en que se hubiere configurado el hecho que diere lugar a la aplicación de aquellas.*”.

Parece claro que el cómputo del plazo de prescripción debe iniciarse desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales oportunamente contraídas –es decir, desde que las prestaciones se tornaron exigibles en los términos de la orden de compra en consonancia con el pliego de bases y condiciones particulares– y que, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, receptado en el artículo 23, inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01, dicho cálculo y constatación atañen a los organismos contratantes.

Desde otro vértice, no es posible dejar de remarcar que la prescripción no se trata de una institución meramente procedimental, sino que tiene un contenido material, en tanto incide sobre la competencia de la Administración para imponer penalidades y/o sanciones.

De tal modo se procura tutelar fines esenciales, puestos de manifiesto por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN al expresar: “...*La prescripción sirve a la seguridad general del derecho y a la paz social. Su objeto es poner fin a situaciones jurídicas inestables, dando certeza a los derechos de las partes que ya no pueden ser incididos por obligaciones alcanzadas por la prescripción...*” (v. IF-2018-38244090- APN-PTN, de fecha 8 de agosto de 2018).

En el mismo sentido la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal ha dicho que la prescripción se funda en razones de seguridad, de orden y de paz social, toda vez que al derecho le interesa liquidar situaciones inestables para impedir que puedan ser materia de revisión después de pasado cierto tiempo, lo cual otorga certeza a los derechos (CNFed. Civ. Y Com., Sala 1, 1999-04-20, P. B., R y Otros c/ Gendarmería Nacional, La Ley, 2000-D, 46 y 1999-02-26, Pardo, María y Otro c. Sánchez Decker, Gustavo y Otro, La Ley, 2000-C, 61).

c) Extremos fácticos relevantes de la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17.

Llegados a este punto, es menester adentrarnos en los hechos acontecidos en el caso que nos ocupa.

El pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2017-03359244-APN-DPAT#MDS) aprobado por conducto del artículo 2° de la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2017-1729-APN-DGA#MDS, de fecha 27 de abril de 2017 resultaba comprensivo de TREINTA Y TRES (33) renglones, siendo de interés en este caso citar únicamente la

descripción de aquellos que resultaron adjudicados a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. A saber:

- Renglón N° 1: Bobina de Cable UTP - Cat. 5E - 305m – flexible.
- Renglón N° 5: Lector de código de barra.
- Renglón N° 9: Pad ergonómicos para mouse.
- Renglón N° 11: Cable VGA a VGA.
- Renglón N° 19: Sonda y generador de tonos análogos (Virus Viru).
- Renglón N° 22: Grasa siliconada en jeringa de 10cm³.
- Renglón N° 23: Alcohol isopropílico en aerosol de 440cm³.
- Renglón N° 28: Patchcord UTP Cat 6A con conectores RJ45 (certificados de fábrica, en bolsa cerrada) de 1,5m

A su vez, en la Cláusula Particular N° 11 se estipuló: “*PLAZO DE ENTREGA: Dentro de los QUINCE (15) días corridos a partir de la notificación de la Orden de Compra.*”.

Luego, la Orden de Compra N° 95-1378-OC17 fue emitida el 20 de diciembre de 2017, mientras que la Compra complementaria N° 2/18 fue emitida el 2 de marzo de 2018. Es pertinente señalar que sin perjuicio de la emisión de DOS (2) documentos contractuales –Orden de Compra N° 95-1378-OC17, comprensiva de los Renglones Nros. 5, 9, 11, 19, 22, 23 y 28; y Orden de Compra complementaria N° 2/18, atinente al Renglón N° 1– se trata de un mismo y único contrato celebrado entre el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL y la sociedad comercial SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. al amparo de la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17.

Ahora bien, al tomar intervención la Comisión de Recepción del organismo de origen hizo constar: 1) el cumplimiento parcial de la Orden de Compra N° 95-1378-OC17, habiendo quedado sin cumplir la entrega de los bienes correspondientes al Renglón N° 5 y 2) la falta total de cumplimiento de la Orden de Compra complementaria N° 2/18 (v. IF-2018-07508582-APN-CRDBYS#MDS y PV-2019-92672654-APN-CRDBYS#MSYDS).

Ello así, obra en los presentes actuados un proyecto de disposición individualizado como IF-2019-100773034-APN-DCYC#MSYDS, tendiente a: 1) Rescindir parcialmente la Orden de Compra N° 1378/17, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., por CIEN (100) lectores de códigos de barra, correspondientes al Renglón N° 5 de la Licitación Privada N° 95-0005-LPR17, equivalente a la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS (\$163.700.-), de conformidad con lo previsto en los artículos 98 y 102 incisos b) apartado 1° y d) apartado 1° del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias; 2) Aplicar a la firma citada la penalidad equivalente a la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por a la suma de PESOS DIECISÉIS MIL TRESCIENTOS SETENTA (\$16.370.-); 3) Rescindir, en su totalidad, la Orden de Compra N° 2/18, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A por TREINTA (30) bobinas de cable UTP, correspondientes al Renglón N° 1, equivalente a la suma de PESOS SESENTA MIL CIENTO VEINTE (\$60.120.-), de conformidad con lo previsto en los artículos 98 y 102 incisos b) apartado 1° y d) apartado 1° del Anexo al Decreto N° 1030/16 y sus normas modificatorias y complementarias y 4) Aplicar al proveedor de que se trata la penalidad equivalente a la pérdida de la garantía de cumplimiento de contrato, por a la suma de PESOS SEIS MIL DOCE (\$6.012.-) (v. artículos 1°, 2°, 4° y 5°).

Pues bien, esta Oficina interpreta que la solución a adoptar frente al incumplimiento del Renglón N° 5 difiere de

la que corresponde como consecuencia del incumplimiento del Renglón N° 1, motivo por el cual se abordarán tales supuestos por separado, para mejor ilustrar.

d) Análisis acerca de la posibilidad de rescindir parcialmente el contrato como consecuencia del incumplimiento del Renglón N°5 de la Orden de Compra N° 1378/17 y sobre la posibilidad de enviar los antecedentes para sancionar.

Conforme lo señalado *ut supra*, corresponde al organismo de origen verificar y, en su caso, declarar formalmente operada la prescripción por vencimiento del plazo contemplado en el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

De ser así, no podrá declararse parcialmente rescindido el contrato por culpa del proveedor, bajo el siguiente razonamiento: En la medida en que la rescisión por culpa del proveedor está regulada en el artículo 29 inciso a) apartado 3° del Decreto Delegado N° 1023/01 y en el artículo 102, inciso d) apartado 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 como una “penalidad” en sentido técnico, sin que dichas normas efectúen distinción alguna al respecto, forzoso es concluir que la competencia para rescindir es susceptible de prescripción.

Ello por cuanto, de conformidad con el aforismo “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, no cabe al intérprete hacer decir a la norma lo que ésta no dice ni extraer conclusiones diversas a las que consagra o distinciones que el texto no prevé, en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean (v. Dictámenes PTN 227:111;v235:377; 249:630, entre muchos otros y Dictámenes ONC Nros. 243/15 e IF-2018-42841186-APN-ONC#MM).

Por idénticas razones, si se verifica la prescripción de la competencia para rescindir igual suerte correrá la competencia para aplicar la penalidad de pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato receptada en el artículo 102, inciso b) apartado 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Amén de ello, un punto de importancia fue abordada en el Dictamen ONC N° IF-2017-34197906-APNONC#MM, donde se aclaró lo siguiente: “...*la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistente la demora en que incurriera ASCENSORES SERVAS S.A. (...) Por el contrario, el sólo hecho de estar prescripta la potestad sancionatoria –en sentido lato– no hace desaparecer el incumplimiento, razón por la cual el acto administrativo que se pretende emitir implicaría una declaración enderezada a satisfacer un fin práctico y concreto, en consonancia con la normativa vigente: darle entidad formal a dicho incumplimiento en pos de permitir que –frente a futuras contrataciones de ese organismo o de otros– pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad de la firma comercial de que se trata, en los términos de los artículos 16 del Decreto Delegado N° 1023/01 y 68 inciso g) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16... ”.*

De ahí que, sin perjuicio de haber operado la prescripción de las penalidades que hubieren podido corresponder, esta Oficina consideró viable en la referida oportunidad el dictado de un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento contractual imputable al proveedor, con fines eminentemente prácticos, tales como poner fin a situaciones jurídicas inciertas, registrar el incumplimiento a efectos de que pueda ser considerado como un antecedente negativo a la hora de evaluar la elegibilidad del proveedor en futuras convocatorias, etc.

Siguiendo esa línea de pensamiento, esta Oficina Nacional considera factible que el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL dicte, eventualmente, un acto administrativo por el cual declare el incumplimiento

contractual imputable a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., frente a la presunta prescripción de la facultad para que la autoridad competente del organismo de origen aplique las penalidades correspondientes.

Por otro lado, es dable reiterar que corresponde al organismo de origen efectuar el cálculo para discernir si se encuentra o no operada la prescripción para la aplicación de penalidades al proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A., en virtud del principio de descentralización de la gestión operativa contemplado en el artículo 23 inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01.

Finalmente, cabe aclarar que, de haber operado la prescripción contemplada en el artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, no corresponderá el envío de los antecedentes a esta Oficina Nacional en los términos previstos en el artículo 29 *in fine* del Decreto Delegado N° 1023/01, en el artículo 110 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en la Comunicación General ONC N° 130/19, en virtud de que no pueden ser considerados antecedentes válidos para sancionar.

Como ya se dijo, los actos administrativos emitidos por este Órgano Rector para la aplicación de sanciones se sustentan –entre otros elementos que integran su causa—en la firmeza en sede administrativa de los actos de penalidades que les sirven de antecedente, con lo cual, la mera declaración de incumplimiento cuando la potestad de rescindir haya prescripto, no puede reputarse válida a los efectos sancionatorios.

Piénsese que, de lo contrario, los diversos organismos podrían declarar incumplidos contratos luego no ya de un lustro, sino de una década o incluso más tiempo desde acaecido el incumplimiento y la ONC se vería compelida a tramitar un procedimiento sancionatorio en clara contraposición a los fines perseguidos con la incorporación de un plazo de prescripción de DOS (2) años para sancionar desde la firmeza del acto de penalidad (v. artículo 109 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16); lo cual no parece ni razonable ni ajustado a los fines que, al dictarse el Decreto N° 1030/16, motivaron la inclusión de un plazo de prescripción específico y relativamente breve para las penalidades y sanciones.

e) Análisis del incumplimiento del Renglón N°1 de la Orden de Compra complementaria N° 2/18, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A.

Distinto parece ser el caso del incumplimiento del Renglón N° 1, por cuanto dicho renglón fue adjudicado en primera medida a la firma LC GLOBAL S.R.L., emitiéndose en consecuencia la Orden de Compra N° 1376/17, la cual fue a la postre dejada sin efecto por la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2018-49-APN-DGA#MDS, de fecha 27 de febrero de 2018.

Cabe destacar que del Considerando de dicha medida se desprende –en su parte pertinente—que: “...*mediante la Disposición ut supra mencionada N° 3446 de fecha 14 de diciembre de 2017, de la Dirección General de Administración, se adjudicó, entre otras, a la firma LC GLOBAL S.R.L., los renglones 1, 3, 4 y 13. Que por lo expuesto se emitió entre otras la Orden de Compra N° 1376/2017 a favor de la firma LC GLOBAL S.R.L. para los renglones mencionados en el Considerando precedente. Que la firma LC GLOBAL S.R.L., previamente a la emisión de la Orden de Compra mencionada había desistido de su oferta, según IF-2017-22923044-APN-DCYC#MDS. Que en consecuencia corresponde dejar sin efecto la adjudicación de los renglones 1, 3, 4 y 13, correspondientes a la Orden de Compra N° 1376/2017 en el sistema COMPR.AR a favor de la firma LC GLOBAL S.R.L. y adjudicar dichos renglones a los siguientes órdenes de Mérito. Que en virtud del Dictamen de Evaluación, IF-2017-23614814-APN-DCYC#MDS, corresponde declarar fracasados los renglones Nros. 3 y 4 al*

no existir ofertas valederas para los mismos. Que en función de dicho Dictamen corresponde emitir las correspondientes Órdenes de Compra a las firmas que se encuentran como segundos ordenes de mérito, es decir, a las firmas SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. para el renglón N° 1... ”.

La circunstancia expuesta motivó la posterior emisión de la Orden de Compra complementaria N° 2/18, en favor de la sociedad comercial SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., correspondiente al Renglón N° 1.

Ahora bien, siendo ello así, no se advierte que se haya solicitado previamente la conformidad de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. para proceder del modo en que se lo hizo.

Adviértase que, para que proceda la adjudicación al segundo en orden de mérito, el artículo 98, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 estipula: “...Si el cocontratante no cumpliera con el contrato la jurisdicción o entidad podrá adjudicar el contrato al que le siga en orden de mérito, previa conformidad del respectivo oferente, y así sucesivamente. No corresponderá la aplicación de penalidades si el segundo o los subsiguientes en el orden de mérito no aceptan la propuesta de adjudicación que hiciera la jurisdicción o entidad contratante en estos casos.” (el subrayado no corresponde al original).

No escapa a esta Oficina que el citado precepto regula la posibilidad de adjudicar al segundo en orden de mérito frente a un supuesto de incumplimiento contractual por parte del proveedor originariamente adjudicado –situación que no se condice con lo que habría acontecido con la firma LC GLOBAL S.R.L.–, no obstante lo cual no se advierten razones para no aplicar dicho precepto y, por consiguiente, exigir el consentimiento de los restantes competidores que conforman el orden de mérito, cuando la orden de compra oportunamente emitida haya sido revocada o dejada sin efecto por otras causas.

En ese orden de ideas, no es posible soslayar que no obran constancias que den cuenta del consentimiento de la firma en cuestión, sino que, por el contrario, mediante Informe N° IF-2018-09700608-APN-DCYC#MDS se digitalizó una presentación efectuada por SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., de fecha 5 de marzo de 2018, oportunidad en la cual el aludido proveedor manifestó ante el organismo de origen lo siguiente: “...con respecto al Renglón N°1 nuestra firma no puede proveer las bobinas de cable de la marca cotizada ya que estamos impedidos a mantener el precio del mismo. Por lo tanto ofrecemos en su reemplazo bobinas de cable UTP categoría 5 de las marcas GLC, MX7 o equivalente. En caso de que la opción de cambio no se puede realizar lamentablemente no podemos aceptar la Orden de Compra que nos han enviado” (el subrayado no corresponde al original).

En suma, esta Oficina Nacional considera que en el caso que nos ocupa, resulta de aplicación el último párrafo del artículo 98 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, y por ende, MÁS allá del cómputo de la prescripción, no hubiese correspondido la aplicación de penalidades por el incumplimiento del Renglón N° 1 de la Orden de Compra N° 2/18 emitida a favor del proveedor SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A.

Ello así, en virtud de mediante Disposición N° DI-2018-49-APN-DGA#MDS se adjudicó a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. el Renglón N° 1 por la suma de PESOS SESENTA MIL CIENTO VEINTE (\$60.120,00), sin solicitar el previo consentimiento del aludido proveedor.

Más aún, la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A., manifestó ante el MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL la imposibilidad de cumplimiento del Renglón N° 1 de la Orden de Compra N° 2/18, ofreciendo en su reemplazo otro producto y aclarando que en caso de que la opción de cambio no se pueda efectuar, no podía aceptar la orden de compra emitida. Sin embargo, dicha solicitud no fue admitida por el organismo de origen.

En ese orden de ideas, no resulta pertinente expedirse acerca de la prescripción de las penalidades propiciadas por el organismo de origen, en virtud de que no nos encontramos frente a un incumplimiento susceptible de reproche.

-VI-

CONCLUSIONES

En razón de las consideraciones vertidas en el Acápito V del presente y verificados que sean – oportunamente– los extremos fácticos correspondientes, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES opina:

a) En cuanto a la viabilidad de dictar un acto administrativo que declare formalmente el incumplimiento parcial de la Orden de Compra N° 1378/17, imputable a la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMATICA S.A. y, a su vez, la inaplicabilidad de las penalidades, ante su eventual prescripción, no se advierten reparos que oponer, en el entendimiento de que la prescripción impide penalizar al proveedor por el incumplimiento a él imputable –como consecuencia de haber dejado la Administración que transcurra el límite temporal para ejercer dicha potestad–, más no implica tener por inexistentes los hechos y/o la conducta negligente, temeraria, imprudente o desinteresada del proveedor, de cara a futuras contrataciones.

b) Ante la prescripción de la competencia para aplicar penalidades, no procede el envío de los antecedentes a esta Oficina Nacional, en los términos previstos en el artículo 29 *in fine* del Decreto Delegado N° 1023/01, en el artículo 110 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 y en la Comunicación General ONC N° 130/19. Ello, por cuanto los actos administrativos emitidos por este Órgano Rector para la aplicación de sanciones se sustentan –entre otros elementos que integran su causa– en la firmeza en sede administrativa de los actos de penalidades que les sirven de antecedente, con lo cual, la mera declaración de incumplimiento cuando la potestad de rescindir haya prescrito, no puede reputarse válida a los efectos sancionatorios.

c) El incumplimiento del Renglón N°1 de la Orden de Compra complementaria N° 2/18, emitida a favor de la firma SERVICIOS GLOBALES DE INFORMÁTICA S.A. no resulta susceptible de ser penalizado ni declarado formalmente como un incumplimiento atribuible al proveedor, por no haberse recabado su conformidad en forma previa, tal como lo exige el artículo 98, *in fine*, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, norma que contempla una solución susceptible de ser aplicada al presente caso en forma supletoria o por la vía de la integración analógica.

Saludo a usted atentamente.

DN

AL

DIRECTOR DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DEL MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL

Sr. Juan Ignacio ACCATTOLI

S. _____ / _____ D.

