



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-48732654- -APN-P#FADEA – CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – COMPENSACIÓN DE DEUDAS – FAA – FAdeA – CONSULTA SOBRE EJECUCIÓN CONTRACTUAL Y EJECUCIÓN DE CONTRAGARANTÍA.

SEÑOR SUBSECRETARIO:

Me dirijo a usted en el marco del expediente electrónico de la referencia, que ingresa para que esta Oficina Nacional tome intervención, remitido por la SUBSECRETARÍA LEGAL Y DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL del MINISTERIO DE DEFENSA.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el presente acápite se reseñarán -sucintamente- los principales antecedentes de las actuaciones giradas en consulta.

En el orden 2, páginas 1-2, luce vinculada la Nota N° NO-2019-48582707-APN-P#FADEA de fecha 23 de mayo de 2019, en cuyo marco el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA) solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA (FAA): “...*la instrumentación del cierre acordado entre FAdeA y FAA del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la Fuerza Aérea Argentina con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 (EX-2017-06656885- APN-DGM#FAA, aprobado por DA- 2017- 604-APN-JGM) (...) habiendo arribado a un acuerdo entre ambas partes, envió adjunta la propuesta de Acta en los términos convenidos, conjuntamente con su documentación respaldatoria, para proceder a su debida instrumentación*”.

Cabe destacar, que como archivos embebidos a dicha nota se acompañan los siguientes documentos: I) Archivo word sin firma titulado “ACTA ACUERDO DE CIERRE DEL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS AERONÁUTICOS PARA LA FUERZA AÉREA ARGENTINA, CON VIGENCIA PERÍODO 2017 – DICIEMBRE 2018.” II) Archivo Word sin firma titulado “ANEXO V - CONTRATO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS AERONÁUTICOS” y III) Archivo Excel sin firma compuesto por los Anexos I a IV, según el siguiente detalle: ANEXO I denominado “Contrato de Mantenimiento - anticipos” del que surge un saldo Pendiente de Anticipos a Regularizar por la suma de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS CON CERO CINCO CENTAVOS (\$ 297.785.972,05); ANEXO II denominado “Contrato de mantenimiento - Trabajos terminados no facturados

ni cobrados” por la suma de PESOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$ 36.677.530,69); ANEXO III denominado “Contrato de mantenimiento - elementos facturados y cobrados ” por la suma total de PESOS QUINIENTOS SIETE MILLONES SEISCIENTOS UN MIL CIENTO CUARENTA Y CUATRO CON CERO UN CENTAVO (\$ 507.601.144,01); y ANEXO IV “Contrato de mantenimiento – Compensación” por la suma total en favor de FAdeA de -\$ 261.108.441,36.

En el orden 3, págs. 1-36, luce -digitalizada como IF-2019-48735104-APN-P#FADEA- diversa documentación complementaria de respaldo correspondiente al Acta Acuerdo de Cierre, Contrato de Prestación de Servicios Aeronáuticos, Documentación de Respaldo (ANEXO II).

En el orden 7, páginas 1-7 obra un informe económico-financiero, emitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE MATERIAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA con fecha 27 de mayo de 2019 (IF2019-49398427-APN-DGM#FAA), del cual se desprende que existirían obligaciones a compensar entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y FAdeA, con relación a TRES (3) contratos, conforme el siguiente detalle: 1) Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia 1° enero 2018- Diciembre de 2018; 2) Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 y 3) Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo Grob para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia período 2018.

Asimismo, del citado informe surge que el procedimiento de cálculo de la deuda remanente en cada uno de los contratos se basa en una situación de Imprevisión expuesta por FAdeA, debido a la cual indica que se podrían justificar los siguientes factores: incremento en el costo de materiales, incremento en el costo de mano de obra y materiales provistos no previstos.

En razón de ello indicó que: *“...el monto total resultante de la compensación de las sumas adeudadas entre la FAA y FAdeA en virtud de las obligaciones pendientes derivadas de los Contratos analizados, es de SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE CON 42/00 (\$ 76.131.569,42) y es a favor de FAA (...) FAA decide reconocer a FAdeA la afectación de sus costos inicialmente expresados en los Contratos, debido a la influencia de los tres Factores detallados anteriormente (...) Asimismo, FAA acepta que el monto adeudado por FAdeA sea devuelto mediante la prestación de DOS MIL DOSCIENTAS SEIS (2206) horas del servicio de provisión de horas de vuelo GROB.*

Finalmente, la DIRECCIÓN GENERAL DE MATERIAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA concluyó: *“...el procedimiento aplicado para el cálculo de la deuda, el monto final del Acuerdo de Cierre y la modalidad de pago de la deuda acordada son adecuados y sin perjuicio para los intereses del Estado, en función de las situaciones de imprevisión expresadas por FAdeA y de las necesidades expresadas por la FAA...”*.

En el orden 8, páginas 1-5, obra un proyecto denominado “Proyecto Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia período 2017 – Diciembre 2018” (IF-2019-49413410-APN-DGM#FAA), a ser suscripto entre la JEFATURA del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y la PRESIDENCIA de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA), *ad referéndum* de su posterior ratificación por parte del señor Jefe de Gabinete de Ministros.

Mediante la firma del citado documento se propició, en lo sustancial, identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes entre las partes, como así también proceder a la compensación de distintos rubros.

En el orden 9, páginas 1-3, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE MATERIAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA N° IF-2019-49719739-APN-DGM#FAA, de fecha 27 de mayo de 2019,

instancia que opinó favorablemente respecto de la medida propiciada, recordando lo sostenido por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en cuanto a que: “...los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre los organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado (...) El Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disposición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética...” y que “...Por efecto del principio de unidad de acción que guía al estado, las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración (Conf. Dictámenes 279:286)...”.

En el orden 13, páginas 1-5, tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la FUERZA AÉREA ARGENTINA mediante Dictamen N° IF-2019-50148975-APN-DGAJ#FAA, de fecha 29 de mayo de 2019, oportunidad en la cual concluyó que: “...no existen impedimentos de índole legal para la suscripción del Acta mediante la cual se cierra el Contrato Interadministrativo “Prestación de Servicios Aeronáuticos” entre la Fuerza Aérea Argentina y la Fábrica Argentina de Aviones “Brig. San Martín”(FAdeA).”.

En el orden 19, páginas 1-7, obra digitalizada el Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia período 2017 – Diciembre 2018 (IF-2019-50993529-APN-DGM#FAA), firmada por el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA), con fecha 30 de mayo de 2019, indicándose expresamente que dicho acuerdo: “...tiene validez desde su suscripción por ‘LAS PARTES’, independientemente de la ratificación posterior por el señor JEFE DE GABINETE DE MINISTROS...”.

El aludido acuerdo entre FAA y FAdeA tiene por objeto “...identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes de las PARTES, como así también proceder a la compensación de distintos rubros y su metodología” (cláusula primera), acordándose al efecto que una vez ratificado el Acuerdo por el Jefe de Gabinete de Ministros, nada se adeudarán entre sí las partes (cláusula octava).

Finalmente, en el orden 25, páginas 1-6, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA N°IF-2019-54676933-APN-DGAJ#MD, de fecha 13 de junio de 2019.

Luego de hacer un análisis pormenorizado de los antecedentes obrantes en las presentes actuaciones, la aludida instancia letrada efectuó una serie de observaciones de diversa índole, no obstante, lo cual señaló que: “...por la complejidad de la cuestión, su carácter excepcional y la intención de no alcanzar un supuesto de conflicto interadministrativo, es opinión de este Servicio que debe consultarse a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de se expida respecto de la ejecución de la contragarantía y de las constancias de recepción y aceptación correspondientes a la etapa de ejecución del contrato, en orden a la naturaleza interadministrativa del vínculo.

Concretamente, el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE DEFENSA consulta: “i- si es admisible jurídicamente la constatación del estado de ejecución del contrato por medio de otros documentos que no sean los Certificados de Aceptación firmados por la Comisión de Recepción; ii- si corresponde excepcionar el vínculo contractual de exigencias jurídicas tradicionales de

ejecución de la contragarantía por tratarse de un vínculo interadministrativo.”.

-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, y en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto la FUERZA AÉREA ARGENTINA es un órgano desconcentrado del MINISTERIO DE DEFENSA, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En cuanto hace al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable puntualizar que el Régimen de Contrataciones 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 se desprende 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. A su vez, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata de la prestación de servicios aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dichos contratos se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

a) Aclaraciones previas en cuanto al contexto fáctico a considerar.

Sin ánimo de sobreabundar en detalles, resulta de singular relevancia ordenar cronológicamente los principales sucesos que se desprenden de los expedientes individualizados como EX-2017-06656885- -APN-DGM#FAA, EX-2017-30424957- -APN-DGM#FAA, EX-2018-06806693- -APN-DGM#FAA, EX-2018-67776546- -APN-DGM#FAA y EX-2019-48585377- -APN-P#FADEA, haciendo hincapié en determinados hitos que contribuyen a una mejor comprensión de la plataforma fáctica que aquí se ventila.

Pues bien, con fecha 9 de agosto de 2017 se emitió la Decisión Administrativa N° DA-2017-604-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos (CONVE-2017-12816783-APN-SECCTYPD#MD) y sus SEIS (6) Anexos I (IF-2017-12813924-APNSECCTYPD#MD), II (IF-2017-12815666-APN-SECCTYPD#MD), III (IF-2017-12816195-APNSECCTYPD#MD), IV (IF-2017-12816451-APN-SECCTYPD#MD), V (IF-2017-12816604-APNSECCTYPD#MD) y VI (IF-2017-12816676-APN-SECCTYPD#MD), revistiendo los Anexos I y II carácter de SECRETO MILITAR, suscripto con fecha 25 de abril de 2017, entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA) cuyo objeto es la Prestación de Servicios Aeronáuticos, por un monto total de PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$ 1.587.683.582.-), correspondiente al período 2017- Diciembre de 2018.

Con fecha 23 de febrero de 2018 se emitió la Decisión Administrativa N° DA-2018-185-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo para la certificación de configuración PAMPA III, el completamiento de aeronaves PAMPA III, la provisión por parte de FAdeA a FAA de las mismas y la provisión de estaciones de planificación de misión (IF 2017-33047441-APN-SEMG#FAA) y sus OCHO

(8) Anexos, ANEXO I (IF-2017-33047838-APN-SEMG#FAA), ANEXO II (IF-2017-33048123-APNSEMG#FAA), ANEXO III (IF-2017-33048461-APN-SEMG#FAA), ANEXO IV (IF-2017-33048755-APN-SEMG#FAA), ANEXO V (IF-2017-33049041-APN-SEMG#FAA), ANEXO VI (IF-2017-33049234-APN-SEMG#FAA), ANEXO VII (IF-2017-33049521-APN-SEMG#FAA) y ANEXO VIII (IF-2017-33049824-APN-SEMG#FAA), revistiendo los ANEXOS I, II y III carácter RESERVADO, suscripto con fecha 14 de diciembre de 2017 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SEISCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 612.128.970), correspondiente al período 2018.

Por último, con fecha 18 de abril de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2018-344-APN-MD, por cuyo conducto se aprobó el Contrato Interadministrativo para la Prestación de Servicios de Horas de Vuelo GROB G120-TP (IF-2018-09678217-APN-DGM#FAA) y sus TRES (3) Anexos, I (IF-2018-09654662-APN-DGM#FAA), II (IF-2018-09655133-APN-DGM#FAA) Y III (IF-2018-09655514-APNDGM#FAA), suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000,00.-), correspondiente al período 2018.

Luego, mediante Nota N° NO-2018-67252353-APN-P#FADEA, de fecha 21 de diciembre de 2018, el Presidente de FAdeA solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA la renegociación del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos entre la Fuerza Aérea Argentina (FAA) y Fábrica Argentina de Aviones suscripto con fecha 25 de abril de 2017; del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III suscripto con fecha 14 de Diciembre de 2017 y del Contrato de Prestación de Servicios de Horas de Vuelo Grob suscripto con fecha 05 de Marzo de 2018.

En ese orden de ideas, el Presidente de FAdeA expuso: “...debido a los acontecimientos producidos en la economía argentina durante el periodo de vigencia de los mencionados contratos, resulta necesario realizar una revisión de los valores de las prestaciones acordadas, prestadas y pagadas por las Partes (...) la revisión de los valores erogados se solicita en atención a que se ha modificado de modo decisivo el equilibrio contractual, las fluctuaciones producidas en la economía argentina durante el periodo de vigencia de los Contratos hicieron que se configure un acontecimiento imprevisible para las Partes, que quiebra el equilibrio de las prestaciones y torna imposible la total ejecución de los Contratos citados en los términos pactados por las partes al momento de la celebración de los mismos, en la medida que los materiales de carácter aeronáutico, deben en su mayoría ser adquiridos necesariamente en el exterior.

Debo hacer mención asimismo, que los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación específica entre organismos del Estado, por lo que en el marco de dicha relación, se deben considerar en el momento de la modificación de un contrato interadministrativo los criterios de coordinación, colaboración y unidad de acción del Estado que rigen las relaciones interadministrativas, por sobre las prerrogativas que hacen a la supremacía estatal y que serían aplicables en el caso de una contratación con una persona del derecho privado...”.

Cabe advertir, sin embargo, que el presente expediente se inicia con la Nota N° NO-2019-48582707-APN-P#FADEA, de fecha 23 de mayo de 2019, en cuyo marco el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA) solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERA AÉREA (FAA) la instrumentación del cierre acordado entre FAdeA y FAA del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 (EX-2017-06656885- APN-DGM#FAA, aprobado por DA-2017-604-APN-JGM).

A raíz de ello, con fecha 30 de mayo de 2019, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la FAdeA suscribieron un documento intitulado “Acta Acuerdo

de Cierre del Contrato Interadministrativo de prestación de servicios aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia período 2017 –Diciembre 2018”.

Cabe destacar que en los considerandos de dicho documento se puso de relieve lo siguiente: “*Que con fecha 25 de abril de 2017 la FFA y FAdeA suscribieron el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia Período 2017-Diciembre 2018.*

Que dicho contrato y sus SEIS (6) Anexos fueron aprobados con fecha 09 de agosto de 2017 por Decisión Administrativa N° 604/2017 del Jefe de Gabinete de Ministros.

Que con fecha 14 de diciembre de 2017 se firmó entre FAA y FAdeA el Memorándum de Entendimiento N° 01/2017 para la enmienda al mencionado contrato.

Que con fecha 12 de junio de 2018 se firmó entre FAA y FAdeA la Enmienda a dicho Memorándum de Entendimiento N° 01/2017.

Que el objeto de dicho contrato es de interés público y utilidad nacional, ya que está vinculado a la logística para la defensa y seguridad de la República el mantenimiento de la capacidad operacional de las Fuerzas Armadas a fin de garantizar la protección del territorio nacional.

Que por tratarse de un contrato interadministrativo, si bien el valor de los contratos en la industria aeronáutica se considera en dólares debido a que el 85% de los costos están basados en dicha moneda, se fijaron los precios en pesos para horas hombre y materiales para los diferentes Bienes / Servicios, con bases fijadas estadísticamente en relación a Contratos anteriores (...).

Que es necesario destacar para contextualizar la situación, que la divisa norteamericana comenzó una escalada en su valor durante la vigencia del Contrato, que alcanzó el 28 de diciembre de 2018 un Tipo de Cambio 1 USD = 37,70 \$.

Que, en virtud de circunstancias imprevisibles al momento de la firma del Contrato, como la variación sustancial de tipo de cambio durante 2018, las PARTES manifiestan que la ejecución de estos contratos se ha visto afectada en su ecuación económica financiera en mayor o en menor medida para cada una de estas, alterando las circunstancias existentes al tiempo de su celebración... ”.

Consecuentemente, en relación con el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, las partes reconocieron de común acuerdo: 1) Que el precio total de los servicios que debieron ser prestados por FAdeA durante la vigencia del contrato ascendía a PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$1.587.683.582) (v. Cláusula Segunda); 2) Que FAdeA facturó de acuerdo a lo establecido en el Artículo 10.1.1 en concepto de Anticipo luego de aprobado del Contrato, la suma de PESOS QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (\$555.689.254) equivalente al TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) del precio total del Contrato (v. Cláusula Tercera); 3) Que durante el año 2017 FAdeA efectuó devolución del Anticipo por un monto de PESOS SETENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS UNO CON TREINTA CENTAVOS (\$72.950.801,30). Luego durante el año 2018, y a partir de la firma de la Enmienda al MOU N° 001/2018, FAdeA debía devolver la diferencia y lo hizo por un monto de PESOS CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA CON SESENTA Y SEIS CENTAVOS (\$184.952.480.66), con lo cual el total del anticipo devuelto asciende a la suma de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y UNO CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$257.903.281,96), descontando los importes facturados, de acuerdo a lo establecido contractualmente. En consecuencia, queda un remanente en concepto de devolución de anticipo no efectivizado de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS CON CERO CINCO CENTAVOS (\$ 297.785.972,05) que representa un crédito a favor

de FAA (Cláusula Tercera); 4) Que no quedan pendientes de pago por parte de FAA facturas que representen un crédito para FAdeA (v. Cláusula Cuarta); 5) Que FAdeA realizó tareas que fueron terminadas en el marco del contrato y que no llegaron a facturarse durante el año 2018, por un monto de PESOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS TREINTA CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$ 36.677.530,69) (v. Cláusula Cuarta); 6) Que el monto total resultante de la compensación de las sumas adeudadas entre la FAA y FAdeA en virtud de las obligaciones pendientes derivadas del Contrato de Prestación de Servicios Aeronáuticos es de PESOS DOSCIENTOS SESENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHO MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y UNO CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 261.108.441,36.-) y es a favor de la FAA (v. Cláusula Sexta); 7) Que existen obligaciones a compensar entre sí en relación a otros dos contratos, a saber: Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo grob para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2018 (aprobado por DA-2017-604-APN-JGM) y Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia 1° de enero 2018-Diciembre 2018 (EX 201730424957-APN-DGM#FAA aprobados por DA -2018 -185-APN-JGM) y las partes deciden compensarlas (v. Cláusula Octava).

Por lo expuesto las partes acordaron: 1) Que a partir de la celebración del acuerdo bajo análisis todas las obligaciones de FAA y FAdeA emergentes del Contrato de Prestación de Servicios Aeronáuticos se tendrán por cumplimentadas y ambas partes quedarán liberadas de cualquier obligación bajo cualquier concepto derivado o relacionado con el mismo –v. OCTAVO: DECLARACIÓN DE CIERRE–; 2) Que las obligaciones recíprocas emergentes de los contratos de completamiento y provisión de Aeronaves Pampa III y estaciones de planificación de misión, de prestación de servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 y de prestación de horas de vuelo Grob con vigencia periodo 2018 quedarán compensadas, manifestando que una vez ratificado por el señor Jefe de Gabinete de Ministros el acuerdo que aquí se ventila, nada se adeudarán entre si respecto a los mencionados contratos –v. OCTAVO DECLARACIÓN DE CIERRE–.

A todo evento se deja asentado que el documento en cuestión hace referencia a diversos Anexos, los cuales no obran en las presentes actuaciones, extremo que ha imposibilitado su compulsa.

Ahora bien, con posterioridad a la suscripción de la aludida acta acuerdo, se expidió la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA mediante Dictamen N° IF-2019-54676933-APN-DGAJ#MD, de fecha 13 de junio de 2019, oportunidad en la que dicha instancia letrada puso de relieve lo siguiente: “...*el vínculo entre las partes es contractual, en función del contrato celebrado entre la FUERZA AÉREA y FAdeA SA con fecha 25 de abril de 2017 y ratificado por Decisión Administrativa N°604 de fecha 9 de agosto de 2017. Asimismo, dentro del género del contrato, el mencionado es un contrato interadministrativo (...)*

El acta acuerdo proyectada y suscripta por las partes el 30 de mayo de 2019 tiene por objeto, por un lado, identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes y, por otro, establecer una metodología para compensación de obligaciones (cláusula 1). La causa de ella radica en la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones contractuales por ambas partes, advertida al finalizar el plazo contractual... ”.

A renglón seguido, la asesoría jurídica de que se trata indicó: “*Por un lado, este Servicio emitirá opinión respecto de los hechos que, se afirma, tuvieron lugar en la etapa de ejecución del contrato y la forma en que ellos deben ser jurídicamente acreditados. Por otro lado, este Servicio emitirá opinión respecto de la particularidad del anticipo y su relación con la contragarantía a fin de evaluar el quehacer administrativo”.*

En cuanto al primer aspecto se expresó que: “*...en la etapa de la ejecución de un contrato existen documentos específicos que operan como constancias del cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones. Esto ocurre con los certificados firmados por la Comisión de Recepción y las facturas*

correspondientes (...) es mi opinión jurídica que los servicios prestados, recibidos de conformidad, facturados y pagados deberían ser acreditados por medio de los certificados de conformidad y aceptación suscriptos por la Comisión de Recepción, las facturas y las órdenes de pago; y los prestados y no facturados, por los certificados de aceptación y conformidad suscriptos por la Comisión de Recepción.”.

Luego, en cuanto la segunda cuestión señaló que: *“se advierte de las afirmaciones de las partes, el anticipo se habría abonado en su totalidad pero no habría sido devuelto por FAdeA a través de prestaciones pertinentes”.*

Seguidamente, el servicio jurídico efectuó las siguientes consideraciones: *“...Se destaca que ante los supuestos de otorgamiento de anticipo del precio de un contrato, el contratista tiene el deber de constituir una contragarantía. Ello al efecto de salvaguardar a la contratante ante el supuesto de que no sea devuelto tal anticipo por vía de la prestación contractual.*

Puntualmente, el RRCAN clasifica las garantías contractuales, prevé la posibilidad de excepción al deber de pedir garantías y excluye de tal excepción a la contragarantía (...).

Asimismo, si bien la norma analizada prevé los supuestos de ejecución de garantía como una penalidad – conforme artículo 102-, no lo hace respecto de la contragarantía. Es que parece no concebirse a la ejecución de la contragarantía como una sanción (...).

En efecto, la contragarantía sería un reaseguro para el cobro de la suma anticipada ante el incumplimiento de la devolución. Pero no revestiría carácter sancionatorio porque su finalidad se atiene al carácter restitutivo más que punitivo.

En cuanto a la ejecución de las garantías el RRCAN estipula en su artículo 105 que la ejecución de las garantías o la iniciación de las acciones destinadas a obtener el cobro de las mismas, tendrán lugar sin perjuicio de la aplicación de las multas que correspondan o de las acciones judiciales que se ejerzan para obtener el resarcimiento integral de los daños que los incumplimientos de los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes hubieran ocasionado.

Entonces, a partir de lo expuesto, es opinión de este Servicio que ante un supuesto ordinario de contrato administrativo, procedería la ejecución de la contragarantía por el anticipo no devuelto...”.

A lo expuesto, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA añadió: *“...se advierte que nos encontramos ante una relación interadministrativa que se destaca por una implicar unidad institucional teleológica y ética (...) Con lo cual las exigencias técnicas descriptas podrían morigerarse en pos de alcanzar una solución que satisfaga los intereses de ambas partes...”.*

Desde esa atalaya, entiende pertinente que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, se expida sobre los siguientes interrogantes: *“i- si es admisible jurídicamente la constatación del estado de ejecución del contrato por medio de otros documentos que no sean los Certificados de Aceptación firmados por la Comisión de Recepción; ii- si corresponde excepcionar el vínculo contractual de exigencias jurídicas tradicionales de ejecución de la contragarantía por tratarse de un vínculo interadministrativo.”.*

b) Alcances de la presente intervención.

Deviene imperioso delimitar en forma adecuada el alcance de la presente intervención, comenzando por recordar que la normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoria (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-APN-ONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM e IF-2019-65603472-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

Asimismo, ha de tenerse presente que si bien la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se encuentra facultada para asesorar y dictaminar en las cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan las diversas jurisdicciones y entidades a su consideración, muy distinto es el ejercicio de un control de legalidad “genérico” sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección y/o respecto de aquellas vicisitudes susceptibles de acontecer durante la ejecución contractual, todo lo cual excede el umbral de análisis del Órgano Rector.

Sobre la base de lo que se viene de exponer, el ejercicio de un control de legalidad 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.

Por las razones apuntadas, la presente intervención se circunscribirá a la consulta efectuada por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en su Dictamen N° IF-2019-54676933-APN-DGAJ#MD, de fecha 13 de junio de 2019, procurando no ingresar en temáticas ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector.

c) Contratos interadministrativos. Ejecución contractual. Certificados de conformidad y aceptación.

Con respecto al objeto de análisis referido al presente literal, cabe remitir a lo opinado por esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES en el marco del EX-2019-48603183- -APN-P#FADEA- -APN-P#FADEA, a los fines de evitar reiteraciones innecesarias.

d) Relación interadministrativa. Ejecución de la contragarantía.

A modo de introducción a la temática que nos convoca, ha de recordarse que la relación jurídica “interadministrativa” es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación, Provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las Personas Públicas Estatales que constituyen Entidades Descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia (v. Dictámenes PTN 234:645; 263:395; entre otros).

Sabido es que: “...lejos de tratarse de contratos entre particulares o entre la Administración Pública y particulares, los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado y no el afán de lucro de una de las partes (conf. Dict. 263:395) ...” (v. Dictámenes PTN 279:286).

En efecto, el Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética (v. Dictámenes 263:395).

Justamente, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado “...las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares...” (v. Dictámenes 252:209; entre otros) y que: “...la característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno; por ello, virtualmente, se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. La ausencia de un régimen exorbitante y el principio de la unidad administrativa se erigen como las características preponderantes de tales relaciones...” (el subrayado no corresponde al original) (v. Dictámenes PTN 279:286).

En esa misma línea argumental, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha opinado que: “...las vinculaciones de carácter contractual entre organismos que integran la Administración se rigen por normas de Derecho Público administrativo, aunque su régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado...” (v. Dictámenes PTN 279:286. En igual sentido Dictámenes 263:395).

En sentido concordante, autorizada doctrina tiene dicho que el régimen jurídico que poseen los contratos interadministrativos se caracteriza por algunas notas diferenciales, tales como: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección; b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales; c) un particular sistema de solución de conflictos; y d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial), lo cual tendrá aplicación respecto de los actos de ejecución de un contrato administrativo (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da. edición. Editorial Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires 2005. Págs. 37-38).

Todo lo que hasta aquí ha sido puesto de manifiesto permite colegir que la vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395).

Luego, una vez celebrado el acuerdo, las relaciones jurídicas surgidas del contrato interadministrativo deben reputarse de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas; es decir, tienen plenos efectos jurídicos entre las partes, como todo contrato, en el sentido de que las prestaciones deben ser ejecutadas. El principio no puede ser otro que el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*).

Pues bien, desde dicha perspectiva corresponde abordar la temática atinente a la contragarantía y la posibilidad o imposibilidad de ejecutarla cuando ha sido constituida en el contexto de un contrato interadministrativo.

Para un mejor desarrollo de dicha cuestión, resulta pertinente hacer una breve reseña de las normas que resultan de aplicación al caso bajo examen.

En primera medida resulta oportuno traer a colación el artículo 31 del Decreto Delegado 1023/01, en tanto establece: “*GARANTIAS. Para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones los oferentes y adjudicatarios deberán constituir garantías o contra-garantías por anticipos otorgados por la Administración Nacional, en las formas y por los montos que establezca la reglamentación o los pliegos, con las excepciones que aquélla determine.*”.

Luego, el artículo 78 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 regula las diferentes clases de garantías, con los siguientes alcances: *CLASES DE GARANTÍAS. Los oferentes o los cocontratantes deberán constituir garantías:*

a) De mantenimiento de la oferta: CINCO POR CIENTO (5%) del monto total de la oferta. En el caso de cotizar con descuentos, alternativas o variantes, la garantía se calculará sobre el mayor monto propuesto. En los casos de licitaciones y concursos de etapa múltiple, la garantía de mantenimiento de la oferta será establecida en un monto fijo, por la jurisdicción o entidad contratante, en el pliego de bases y condiciones particulares.

b) De cumplimiento del contrato: DIEZ POR CIENTO (10%) del monto total del contrato.

c) Contragarantía: por el equivalente a los montos que reciba el cocontratante como adelanto.

d) De impugnación al dictamen de evaluación de las ofertas: TRES POR CIENTO (3%) del monto de la oferta del renglón o los renglones en cuyo favor se hubiere aconsejado adjudicar el contrato.

e) De impugnación al dictamen de preselección: por el monto determinado por la jurisdicción o entidad contratante en el pliego de bases y condiciones particulares.

Las formas en que podrán constituirse estas garantías será determinada en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales que dicte la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES.” (el subrayado no corresponde al original).

Por su parte, el artículo 80 del citado cuerpo reglamentario estipula: “EXCEPCIONES A LA OBLIGACIÓN DE PRESENTAR GARANTÍAS. No será necesario presentar garantías en los siguientes casos:

a) Adquisición de publicaciones periódicas.

b) Contrataciones de avisos publicitarios.

c) Cuando el monto de la oferta no supere la cantidad que represente UN MIL MÓDULOS (M 1.000). (Inciso sustituido por art. 5° del Decreto N° 963/2018 B.O. 29/10/2018. Vigencia: a los CINCO (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen)

d) Cuando el monto de la orden de compra, venta o contrato no supere la cantidad que represente UN MIL MÓDULOS (M 1.000). (Inciso sustituido por art. 5° del Decreto N° 963/2018 B.O. 29/10/2018. Vigencia: a los CINCO (5) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a los procedimientos de selección que a partir de esa fecha se autoricen)

e) Contrataciones que tengan por objeto la locación de obra intelectual a título personal.

f) Ejecución de la prestación dentro del plazo de integración de la garantía. En el caso de rechazo el plazo para la integración de la garantía se contará a partir de la comunicación del rechazo y no desde la notificación de la orden de compra o de la firma del respectivo contrato. Los elementos rechazados quedarán en caución y no podrán ser retirados sin, previamente, integrar la garantía que corresponda.

g) Cuando el oferente sea una jurisdicción o entidad perteneciente al Sector Público Nacional en los términos del artículo 8° de la Ley N° 24.156 y sus modificaciones.

h) Cuando el oferente sea un organismo provincial, municipal o del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

i) Cuando así se establezca para cada procedimiento de selección en particular en el manual de procedimientos o en el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

No obstante lo dispuesto, todos los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes quedan obligados a responder por el importe de la garantía no constituida, de acuerdo al orden de afectación de penalidades establecido en el presente reglamento, a requerimiento de la jurisdicción o entidad contratante, sin que puedan interponer reclamo alguno sino después de obtenido el cobro o de efectuado el pago.

Las excepciones previstas en el presente artículo no incluyen a las contragarantías.” (el subrayado no corresponde al original).

Finalmente, el artículo 40 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo I a la Disposición ONC N° 63/16 replica la regulación atinente a las excepciones a la obligación de presentar garantías -entre las que se incluyen a los contratos interadministrativos-, pero reiterando la salvedad, no menor, por la cual las excepciones allí previstas no incluyen a las contragarantías.

Así las cosas, de las normas previamente transcritas se desprende que las contragarantías se deben constituir por el equivalente a los montos que reciba el cocontratante como adelanto. Es decir, por el CIEN

POR CIENTO (100%) de la suma recibida en concepto de anticipo financiero.

No resulta ocioso recordar que, en términos generales, la doctrina conceptualiza la contragarantía del siguiente modo: *“La garantía por anticipo o contragarantía es, al igual que las anteriores, una obligación accesoria a otra principal (obligación de ampliar el anticipo al cumplimiento del contrato), por la cual, el contratista o un tercero, garantiza a la Administración la adecuada aplicación de la ayuda financiera recibida como adelanto de una porción del precio para el normal desarrollo del contrato y a su eventual devolución, en caso de incumplimiento o de extinción anormal del contrato.*

Por ello, si se determina que el contratista no ha utilizado el adelanto para el cumplimiento adecuado del contrato, sino que le ha dado un destino diferente, la Administración debe solicitar su restitución, con más sus intereses desde el momento del incumplimiento. En caso de que el contratista no restituyera dichos montos de manera voluntaria, la Administración ejecutará la contragarantía...” (REJTMAN FARAH, Mario, *Contrataciones de la Administración Nacional*. Decreto 1023/2001, 1ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. Pág. 341/342).

Luego, si bien en el marco de las contrataciones interadministrativas los oferentes y adjudicatarios están, por regla, exceptuados de la obligación de presentar garantías -tal como lo confirma el inciso f) del artículo 58 del Manual de Procedimiento aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 62/16- dicha excepción no alcanza a las contragarantías por anticipos otorgados por la Administración Nacional.

Ergo, aun en el marco de relaciones interadministrativas, de establecerse el pago por adelantado, el cocontratante debe constituir una contragarantía por el equivalente al CIEN POR CIENTO (100%) de los montos que reciba como adelanto, conforme lo establecido en el artículo 47, *in fine*, del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

Ello así, por cuanto la función de la contragarantía por anticipo financiero es asegurar al organismo que adelanta fondos que le han sido presupuestariamente asignados, la restitución de los mismos cuando su contraparte (ya sea un proveedor u otra repartición pública) no los hubiera utilizado para los fines previstos en el contrato.

En efecto, la jurisdicción o entidad que anticipa fondos, cuando la ejecución contractual amerite dicho financiamiento, asegura a través de esta garantía el recupero del dinero adelantado para el caso en que se incumpla lo convenido (v. Dictamen ONC N° IF-2016-00438198-APN-ONC#MM).

De ahí que, en el marco de una contratación interadministrativa, los anticipos financieros también deban ser garantizados con la constitución de la contragarantía.

Dicho esto, en lo que atañe concretamente a la consulta que ahí se ventila es menester señalar que, tal como surge del Acta de Cierre del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, quedaría un remanente en concepto de devolución de anticipo no efectivizado de PESOS DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y DOS CON CERO CINCO CENTAVOS (\$ 297.785.972,05).

Consecuentemente, si se concluye que, en este caso FAdA, no ha restituido la totalidad de las sumas oportunamente anticipadas a través de prestaciones pertinentes, la FAA se encuentra facultada para requerir su restitución y, en caso de incumplimiento, correspondería *a priori* instrumentar las medidas conducentes que fueren menester a los fines de ejecutar la contragarantía que eventualmente haya constituido.

De lo contrario, carecería de sentido exigir la presentación de la contragarantía contra entrega de las sumas en concepto de anticipo financiero si esta no fuere efectivamente un canal para asegurar el recupero del dinero adelantado en el marco de un contrato incumplido.

Ahora, si bien se encuentra fuera de duda que la constitución de la contragarantía resultaba exigible en el caso de marras, se hace constar que no ha podido corroborarse -a partir de la compulsión de los presentes

actuados- si dicha contragarantía fue efectivamente constituida por FAdeA y, en su caso, si lo ha sido bajo alguna de las formas contempladas en el artículo 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

En otro orden de cosas, resta aclarar -tal como fuera recordado por el servicio permanente de asesoramiento jurídico del MINISTERIO DE DEFENSA- que el incumplimiento de restitución de las sumas no ejecutadas del adelanto financiero oportunamente entregado, no es un supuesto típico pasible de ser sancionado a la luz de la normativa vigente, como tampoco lo era durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2016-00021530-APN-ONC#MM, IF-2016-00438198-APN-ONC#MM e IF-2016-00438178-APN-ONC#MM).

Ello así, como consecuencia de la doctrina de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, que ha sostenido en diversas ocasiones que es contrario a la lógica y el buen sentido admitir que el Estado y sus entidades pueden aplicarse recíprocamente sanciones, ya que el Estado es uno sólo y por consiguiente un razonamiento como el indicado implicaría que éste se aplique sanciones a sí mismo, lo que constituye un verdadero despropósito que la correcta hermenéutica no debe aceptar (Dictámenes PTN 279:286).

Empero, esta Oficina Nacional considera particularmente relevante distinguir dos supuestos diferentes: Una cosa es la inaplicabilidad de multas de carácter penal o administrativo y/o de penalidades y/o sanciones, en general, entre organismos estatales -desde que no es admisible concebir la existencia de prerrogativas exorbitantes de poder público ni el sometimiento de uno de ellos a la situación de sujeción que supone el ejercicio de la potestad estatal en detrimento del otro- y otra distinta es la posibilidad de ejecutar, frente a un eventual incumplimiento contractual, la contragarantía que haya sido constituida por anticipos financieros adelantados (y no aplicados a la consecución del objeto contractual), cuya correcta administración y deber de recupero está en cabeza de aquella jurisdicción o entidad a quien le hayan sido presupuestariamente asignados y cuyo patrimonio se vería perjudicado de no poder perseguir su restitución.

Cabe distinguir entonces, entre las garantías de mantenimiento de oferta y de cumplimiento de contrato, cuya pérdida por incumplimiento es una penalidad en los términos del artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01, mientras que el incumplimiento de pago de las mismas dentro del plazo fijado al efecto acarrea una sanción (así lo establece el artículo 106 inciso b) apartado 1.2 de Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16) y la contragarantía, cuya pérdida no es considerada una penalidad ni reviste carácter punitivo ni sancionatorio.

Así las cosas, cabe reafirmar que la contragarantía es pasible de ser ejecutada -de lo contrario carecería de sentido su constitución-, más si no fuera posible, el incumplimiento de pago de las sumas equivalentes no será considerado causal para sancionar.

Va de suyo que, en términos prácticos, la viabilidad de la ejecución de una contragarantía dependerá, en buena medida, de la forma en que haya sido instrumentada (v.g. si se trata de una póliza de caución, depósito bancario, títulos públicos, aval bancario, cheque, etc).

Siendo ello así, se reitera que esta Oficina no ha podido corroborar si dicha contragarantía fue efectivamente constituida por FAdeA y, en su caso, si lo ha sido bajo alguna de las formas contempladas en el artículo 39 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales.

-V-

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido debidamente desarrolladas en el Acápito IV del presente Dictamen, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente

AL

SUBSECRETARIO LEGAL Y DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL

DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Dr. Juan Manuel MOCOROA

S. _____ / _____ D.