



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

### **Dictamen firma conjunta**

**Número:**

**Referencia:** EXP-S01: 18611/2018 – Consulta MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE - Principio de continuidad del contrato - Aplicación de penalidades.

---

SEÑOR ASESOR LEGAL:

Me dirijo a usted en el expediente de la referencia que ingresa para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome la intervención de su competencia, remitido por la DIRECCIÓN DE COMPRAS, CONTRATACIONES, PATRIMONIOS Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE.

### **I**

#### **RESEÑA DE ANTECEDENTES**

A fs. 50/68 se adjunta una copia fiel de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA Y EVALUACIÓN PRESUPUESTARIA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS N° 25, del 22 de abril de 2015, por la cual se autorizó el llamado a Licitación Pública para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado solicitadas por la Presidencia de la AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO (ACUMAR), en el marco del Programa de Acompañamiento a la Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) Municipal –artículo 1°–.

Asimismo, mediante el aludido acto se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares que, como Anexo, forma parte del aludido acto –artículo 2°–.

A fs. 101 obra el Acta de Apertura, de fecha 18 de mayo de 2015, instrumento del cual se desprende que para la Licitación Pública N° 3/2015 fueron recibidas las siguientes ofertas: 1) ECOSAN S.A. (CUIT N° 30-70769684-9) (\$ 13.200.000,00.-) –fs. 102/257–, y 2) COOPERATIVA DE TRABAJO LA NACIONAL LIMITADA (CUIT N° 30-71096718-7) (\$ 14.400.000,00.-) –fs. 258/356–.

A fojas 386/387 se encuentra agregado el Cuadro Comparativo de Ofertas, junto al detalle de los datos generales de los oferentes.

A fs. 416 obra el Dictamen de Evaluación N° 1, de fecha 19 de junio de 2015.

A fs. 437/441 se adjunta una copia de la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA Y EVALUACIÓN PRESUPUESTARIA de la JEFATURA DE GABINETE DE

MINISTROS N° 72, de fecha 4 de agosto de 2015, mediante la cual se aprobó lo actuado en la Licitación Pública N° 3/2015 efectuada para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado solicitadas por la Presidencia de la AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO en el marco del Programa de Acompañamiento a la Gestión Integral de Residuos Sólidos Urbanos (GIRSU) Municipal, y se adjudicó el Renglón Único a la firma ECOSAN S.A. por la suma de PESOS TRECE MILLONES DOSCIENTOS MIL (\$13.200.000,00.-).

A fs. 450/456 obra glosada una copia de la Orden de Compra N° 7/2015 emitida en favor de ECOSAN S.A. el día 6 de agosto de 2015 y retirada por dicha firma en esa misma fecha.

A fs. 534 se agrega el Acta de Recepción Definitiva N° 88, del 9 de diciembre de 2015, correspondiente a la Orden de Compra N° 7/2015, oportunamente emitida en favor de ECOSAN S.A., instrumento del cual surge que se han recibido de conformidad ONCE (11) contenedores: “...cumplido *PARCIALMENTE* el objeto establecido en la referida orden de compra...”.

A fs. 543 luce un Informe de la DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO ADMINISTRATIVO FINANCIERO DE APOYO A LA ACUMAR de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS, sin fechar, en cuyo marco se indicaron los pagos efectuados a la firma ECOSAN S.A.

A fs. 556 se agrega el expediente EXP-JGM: 16407/2016, por donde tramitó el pago de la factura N° B143-00000052, de fecha 18 de diciembre de 2015, a la firma ECOSAN S.A.

A fs. 558 del expediente principal, se agrega copia de un Acta de Recepción de Bienes, de fecha 10 de mayo de 2017, de la cual surge que se recibieron CINCO (5) estaciones de reciclado, sin perjuicio de lo cual en dicho instrumento fueron individualizados los datos del procedimiento, ni del proveedor, así como tampoco de la orden de compra.

A fs. 571 luce una carta documento individualizada bajo el código N° CD097075004, diligenciada a través del CORREO OFICIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (Correo Argentino) con fecha 23 de agosto de 2017, por cuyo conducto la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE intimó a la firma ECOSAN S.A., en nombre y representación del SERVICIO ADMINISTRATIVO FINANCIERO DE APOYO A LA AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO, para que en el término de CUARENTA Y CINCO (45) días de recibida, el aludido proveedor realice la entrega de TREINTA Y SEIS (36) estaciones de reciclado, adquiridas por Orden de Compra N° 7/2015.

A fs. 572 luce la respuesta cursada por la empresa ECOSAN S.A. mediante Carta Documento identificada como CD 839619065 de fecha 28 de agosto de 2017, mediante la cual el proveedor rechazó la intimación por considerarla improcedente, ilegítima y extemporánea.

En dicha oportunidad, el proveedor de que se trata puso de resalto que con fecha 16 de julio de 2016 intimó al MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE para que en el plazo de SETENTA Y DOS (72) horas cumpliera con lo pactado en la Orden de Compra N° 7/2015, indicando el lugar de entrega de los bienes y la cancelación de los mayores costos generados por mantener los mismo en sus depósitos (alquileres), como también los intereses generados por la falta de pago en tiempo y forma y la diferencia de cambio operada. A su vez, indicó que dicha misiva nunca fue respondida por el organismo.

Finalmente, en el mismo acto ECOSAN S.A. intimó al pago de los intereses y diferencias de cambio, poniendo en conocimiento del organismo que hasta tanto no se hiciera efectivo el pago de lo adeudado, ECOSAN S.A. ejercería el derecho de retención de los bienes en cuestión.

A fs. 573/575 se encuentra anexada un acta de constatación extendida por la notaria Alejandra S. Mauriño, titular del Registro 23 del partido de Tigre, provincia de Buenos Aires. De dicho instrumento público se desprende que atento a la negativa por parte del proveedor ECOSAN S.A. de entregar los bienes faltantes, correspondientes a la Orden de Compra N° 7/15, la COORDINACIÓN DE BIENES, CONTRATACIONES

y ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS HUMANOS de la DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO ADMINISTRATIVO FINANCIERO DE APOYO A LA AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO dependiente del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE requirió la intervención de la aludida notaria a fin de constatar la existencia de los bienes en cuestión.

Para mejor ilustrar se transcriben los pasajes pertinentes del acta glosada a fs. 573/575: “...*Que en el marco del Expediente EXP-JGM-5753/2015 se tramitó la orden de compra 7/2015 de SESENTA (60) estaciones de reciclado, a la empresa ECOSAN S.A., habiéndose abonado a la empresa mencionada el total de la misma, con fecha 7 de junio de 2016. Que teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, habiéndosele (sic) entregado sólo VEINTICUATRO (24) de las mencionadas estaciones, se le intimó por Carta Documento de fecha 23 de agosto de 2017 a entregar e instalar las TREINTA Y SEIS (36) Estaciones de Reciclado (...) restantes (...) junto con el requirente me constituí (...) en la planta de ECOSAN S.A. Nos presentamos en la guardia y luego nos recibió quien se presentara como (...) gerente de la empresa (...) nos manifestó que no era posible la exhibición de las estaciones de reciclados...*”.

A fs. 576 rola una nueva carta documento individualizada bajo el código N° CD63938099, diligenciada a través del Correo Argentino con fecha 15 de septiembre de 2017, por la cual el organismo negó haber recibido la misiva de fecha 16 de julio de 2016 aludida por la firma ECOSAN S.A. y reiteró los términos de la CD N° 097075004.

A fs. 578 luce la Carta Documento CD N° 864018540, de fecha 27 de septiembre de 2017, por la cual la empresa ECOSAN S.A., se puso a disposición del organismo para acordar las condiciones de entrega de las TREINTA Y SEIS (36) estaciones de reciclaje reclamadas.

A fs. 579/580 se encuentra agregado el Informe IF-2018-11768894-APN-MAD, de fecha 19 de marzo de 2018, en el cual se indica: “...*Que de conformidad con lo estipulado en el acápite ‘Lugar de entrega’ y ‘Plazos’ del Anexo a la Orden de Compra n° 7/2015, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades del ACUMAR una vez realizada la adjudicación de los mismos en distintas Municipalidades comprendidas en la Cuenca Matanza Riachuelo, no pudiendo exceder la misma de un plazo máximo de 90 (noventa) días hábiles.*

*Que por ese entonces el S.A.F. de Apoyo a la Autoridad De Cuenca Matanza Riachuelo cambió de Jurisdicción de la Jefatura de Gabinete de Ministros a la del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable.*

*Que por diferentes razones, derivadas del cambio de gobierno operado el 10 de diciembre de 2015 y la designación de nuevas autoridades en el ACUMAR, solo se efectuó una entrega parcial de 24 contenedores, quedando pendiente a la fecha la entrega de un total de 36 contenedores, situación que motivó en su momento el intercambio de cartas documentos entre ambas partes.*

*Que en orden a lo expuesto y en virtud de llegar a una posición conciliatoria que exima a ambas partes de afrontar mayores costos y demoras, derivados de un posible proceso judicial y con el fin de evitar las posibles sanciones y/o multas que pudieran caer al respecto, las partes manifestaron la intención de acordar la continuidad de la contratación, pactando la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo máximo de 6 (seis) meses a contar del 25 de Marzo de 2018. “.*

A fs. 581/582 luce un proyecto de convenio (IF-2018-11776363-APN-MAD), para ser suscripto entre el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE y la empresa ECOSAN S.A., con sujeción –en lo sustancial– a las siguientes cláusulas:

- “*PRIMERA: Las partes reconocen que en relación con la licitación pública n° 3 del año 2015 encausada por el S.A.F. DE APOYO A LA AUTORIDAD DE LA CUENCA MATANZA RIACHUELO, se generó la Orden de Compra n° 7 del 6 de Agosto de 2015, mediante la cual el organismo citado adquirió a ECOSAN S.A. la cantidad de 60 (sesenta) contenedores construidos en base a ‘Container marítimo reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos’. De*

- los cuales se entregaron veinticuatro (24) hasta la fecha, quedando pendientes treinta y seis (36).”*
- *“SEGUNDA: Que de conformidad con lo estipulado en el acápite ‘Lugar de entrega’ y ‘Plazos’ del Anexo a la Orden de Compra n° 7/2015, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades de la AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO, una vez realizada la adjudicación de los mismos en distintas Municipalidades comprendidas en la Cuenca Matanza Riachuelo, no pudiendo exceder la misma de un plazo máximo de 90 (noventa) días hábiles”.*
  - *“TERCERA: Las partes han acordado la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo de 6 (seis) meses a contar del día 25 de Marzo de 2018, debiendo la unidad requirente de la contratación firmar un recibo, remito o documento equivalente que acredite la recepción de los mismos.”*
  - *“CUARTA: Las partes acuerdan expresamente que una vez efectuada la entrega de la totalidad de los contenedores conforme se describe precedentemente, y dicha entrega no adolezca de vicio alguno, nada más tendrán que reclamarse recíprocamente por ningún concepto en relación a la Licitación Pública N° 3/2015, Orden de Compra N° 7/2015, que tramitara por EXPJGM: 0005753/2015, y obligándose EL MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE a devolver a ECOSAN S.A. la Póliza de Caucción n° 155039 por Garantía de Anticipo, emitida por la Cía. de Seguros Berkley International Seguros Argentina el 7 de Agosto de 2015, entregada al S.A.F. DE APOYO A LA AUTORIDAD DE CUENCA MATANZA RIACHUELO el 11 de Agosto de 2015, dentro del plazo de 10 (diez) días de efectuada la última entrega de contenedores.” (el subrayado no corresponde al original).*

A fs. 584/588 tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, mediante el Dictamen N° IF-2018-14011677-APN-DGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018.

En dicha intervención, la aludida instancia letrada realizó algunas observaciones sobre el mencionado proyecto de acta acuerdo tendiente a la entrega de los contenedores adeudados por ECOSAN S.A.

Finalmente, a fs. 590 la DIRECCIÓN DE COMPRAS, CONTRATACIONES, PATRIMONIOS Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE solicita la intervención de esta Oficina Nacional, con motivo de: *“...la necesidad de someter a vuestra consideración y opinión, teniendo presente el estado actual de tramitación, la incorporación del acuerdo proyectado a los efectos de establecer un nuevo plazo para contemplar la entrega de la totalidad de los bienes que fueran objeto de la presente contratación en los términos del artículo 93 del Decreto N° 1030/16 y, asimismo, la procedencia de la aplicación de multas por mora en el cumplimiento previsto en el artículo 102, inciso c) apartado 1 del Decreto 1.030/16 a la firma adjudicataria, atento las particulares circunstancias del caso.”.*

## **II**

### **OBJETO DE LA CONSULTA**

El MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE solicita la opinión de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES respecto de la viabilidad de celebrar un Acta Acuerdo con el proveedor ECOSAN S.A., en los términos y con los alcances reseñados en el Acápite I, a fin de establecer un nuevo plazo para la entrega de los bienes faltantes del total oportunamente adjudicado en el marco de la Licitación Pública N° 3/2015.

Asimismo, se consulta sobre la procedencia de la aplicación a la firma ECOSAN S.A. de la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

## **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, cabe indicar que el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE es una jurisdicción integrante 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 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 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. 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 adquisición de estaciones de reciclado (contenedores reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos) y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dicho contrato se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Por último, en lo concerniente a la reglamentación aplicable, cabe señalar que en la medida en que la Licitación Pública N° 3/2015 fue autorizada mediante la Resolución de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA Y EVALUACIÓN PRESUPUESTARIA de la JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS N° 25, del 22 de abril de 2015, resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 893/12, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

Cabe recordar que si bien en la actualidad el aludido Decreto N° 893/12 y sus modificatorios se encuentran derogados en virtud de la entrada en vigencia del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 1030/16, resultan aplicables al caso en cuestión, en tanto fueron las normas que rigieron durante el procedimiento de selección y sobre las cuales quedó perfeccionado el respectivo contrato.

#### IV

### ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Ante todo, es del caso recordar que la normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC N° 558/10 y N° 611/10, entre muchos otros), razón por la cual la presente intervención se circunscribirá al análisis del proyecto de convenio glosado a fs. 581/582 (IF-2018-11776363-APN-MAD), con el alcance delimitado a fs. 590 por la DIRECCIÓN DE COMPRAS, CONTRATACIONES, PATRIMONIOS Y SUMINISTROS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE.

En otro orden de cosas, sabido es que las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas en el particular resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento, el cual se limita a un escrutinio de los aspectos estrictamente jurídicos, vinculados con el acuerdo propiciado.

Aclarado ello, resulta ilustrativo destacar, a modo de síntesis, que en el marco de la Licitación Pública N° 3/2015 se emitió en favor de la firma ECOSAN S.A. la Orden de Compra N° 7/2015 –notificada a dicho proveedor el día 6 de agosto de 2015– para la adquisición de SESENTA (60) estaciones de reciclado (contenedores reacondicionado para la recepción y acopio transitorio de distintos tipos de residuos).

De acuerdo con lo establecido en las cláusulas 14 y 15 del pliego de bases y condiciones particulares – replicadas asimismo en el anexo de la orden de compra–, la entrega de los contenedores debía coordinarse con las autoridades de la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) una vez realizada la adjudicación de los mismos. Los plazos debían computarse en días hábiles a partir del día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, el mismo no podía exceder de NOVENTA (90) días.

Sin embargo, a juzgar por las manifestaciones vertidas por las autoridades intervinientes, la empresa ECOSAN S.A. habría entregado tan solo VEINTICUATRO (24) unidades, no obstante haber cobrado el CIEN POR CIENTO (100%) del monto correspondiente a las SESENTA (60) estaciones de reciclado adjudicadas.

En relación a la cantidad de bienes efectivamente entregados, resulta ineludible poner de resalto lo manifestado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, en el Dictamen N° IF-2018-14011677-APN-DGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018, respecto a que: *“...en el expediente en trámite consta la entrega de once contenedores en primer término (fs. 534) con fecha 9 de Diciembre de 2015 y en segundo término, la entrega de otros cinco a fs. 558, restando así un total de 44 contenedores. Tanto en las cartas documento antes detalladas, como en el acuerdo que se pretende firmar, se hace referencia a un faltante de treinta y seis (36) contenedores con lo cual, se solicita se aclare y acredite debidamente el motivo de la diferencia.”*

Ahora bien, al margen de dicha inconsistencia que deberá ser objeto de oportuna aclaración –dado que no corresponde a esta Oficina Nacional avanzar sobre aspectos fácticos cuya constatación no le es dable efectuar–, resta indicar que habiendo transcurrido más de dos años desde que expiró el plazo de cumplimiento del contrato –que, como ya fuera remarcado, según el pliego no podía exceder de NOVENTA (90) días hábiles desde el día hábil inmediato siguiente a la fecha de perfeccionamiento del contrato, la que tuvo lugar el 6 de agosto de 2015–, y luego de sucesivos intercambios de cartas documento con intimaciones recíprocas, el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE propicia la celebración de un acta acuerdo con la sociedad comercial ECOSAN S.A., en la que se plasma la intención de acordar la continuidad de la contratación, pactando la entrega del saldo pendiente de los mentados contenedores, en un plazo máximo de SEIS (6) meses, a contar del 25 de Marzo de 2018, que de cumplirse, implicaría eximir al proveedor de las penalidades y sanciones que pudieren corresponder, en pos de arribar: *“...a una posición conciliatoria que exima a ambas partes de afrontar mayores costos y demoras”* (v. IF-2018-11768894-APN-MAD e IF-2018-11776363-APN-MAD).

Por último, resta indicar que al tomar intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, opinó lo siguiente: *“...por el principio de continuidad del contrato que otorga el derecho de exigir la no interrupción de la ejecución del contrato y las causas de la medida que se propicia motivadas en el informe técnico del área de origen ya referenciado, con fundamento en el art. 93 del Decreto 1030/16 la jurisdicción puede permitir la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación en el acta traída a estudio. Sumado a ello, se debe considerar la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.”* (el subrayado no corresponde al original) (v. IF-2018-14011677-APN-DGAJ#MAD).

Así, a juzgar por las actuaciones, la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento parcial en la entrega de los bienes correspondientes a la Orden de Compra N° 7/15, emitida en su favor el día 6 de agosto de 2015 para la adquisición de SESENTA (60) Estaciones de Reciclado solicitadas por la presidencia de ACUMAR.

Más precisamente, la empresa cocontratante sólo habría entregado VEINTICUATRO (24) de los contenedores adjudicados (cantidad que, como se indicó antes, no consta en el expediente), a raíz de lo cual se consulta si resulta viable la celebración de un Acta Acuerdo para establecer un nuevo plazo de entrega de los restantes bienes, en virtud del principio de continuidad del contrato, y si en tal caso, corresponde

aplicar la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones.

Sentado lo expuesto, y para un mejor desarrollo de la cuestión sometida a consideración de esta Oficina, resulta oportuno hacer una breve reseña de la normativa que corresponde aplicar al caso bajo examen.

En primer lugar, es dable traer a colación que el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 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.*

*A los efectos de la aplicación de las sanciones antes mencionadas, los organismos deberán remitir al Órgano Rector copia fiel de los actos administrativos firmes mediante los cuales hubieren aplicado penalidades a los oferentes o cocontratantes.”.*

Resulta meridianamente claro, a partir de la mera lectura del artículo transcrito, que el Régimen de Contrataciones perfilado por el Decreto Delegado N° 1023/01 distingue entre penalidades y sanciones, siendo estas últimas de competencia exclusiva de este Órgano Rector, de acuerdo con lo establecido en el inciso a) del artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01 y en el inciso f) del artículo 242 del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto N° 893/12.

En efecto, la aplicación de penalidades es competencia de las jurisdicciones y entidades contratantes e importa 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, mientras que la imposición de sanciones, por el contrario, es –como ya se dijo– una facultad exclusiva y excluyente de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en tanto Órgano Rector del sistema de contrataciones (v. artículo 23, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01).

Luego, en lo que a este caso particular concierne, es de importancia mencionar que en el Título III denominado “EJECUCIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO”, Capítulo IV “CIRCUNSTANCIAS ACCIDENTALES”, el artículo 119 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 estipulaba lo siguiente: *“EXTENSIÓN DEL PLAZO DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN. La extensión del plazo de cumplimiento de la prestación sólo será admisible cuando existieran causas debidamente justificadas y las necesidades de la jurisdicción o entidad contratante admitan la satisfacción de la prestación fuera de término.*

*La solicitud deberá hacerse antes del vencimiento del plazo de cumplimiento de la prestación, exponiendo los motivos de la demora y de resultar admisible deberá ser aceptada por la Comisión de Recepción.*

*No obstante la aceptación corresponderá la aplicación de la multa por mora en la entrega, de acuerdo a*

lo previsto en el inciso c) del artículo 126 del presente reglamento.

En aquellos casos en que sin realizar el procedimiento establecido en el presente artículo el cocontratante realice la prestación fuera de plazo y el organismo contratante la acepte por aplicación del principio de continuidad del contrato, también corresponderá la aplicación de la multa por mora en el cumplimiento, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados” (el subrayado no corresponde al original).

En otro orden de cosas, el artículo 120 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 establecía: “Las penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor, debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor, deberá ser puesta en conocimiento de la jurisdicción o entidad contratante dentro de los DIEZ (10) días de producido o desde que cesaren sus efectos. Transcurrido dicho plazo no podrá invocarse el caso fortuito o la fuerza mayor”.

Por su parte, el artículo 122 del mismo cuerpo reglamentario disponía, en su parte pertinente: “Si el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes del plazo fijado para su cumplimiento, o si vencido el plazo de cumplimiento original del contrato, de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que hubiera realizado la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes hubiesen sido entregados o prestados los servicios de conformidad, la jurisdicción o entidad contratante deberá declarar rescindido el contrato sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial, salvo en aquellos casos en que optara por la aceptación de la prestación en forma extemporánea de acuerdo a lo previsto en el artículo 119 del presente reglamento”.

En consonancia con lo anterior, el artículo 126 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 preveía, en cuanto aquí concierne, lo siguiente: “CLASES DE PENALIDADES. Los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes podrán ser pasibles de las penalidades establecidas en el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificaciones, por las siguientes causales: (...).

b) Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato: 1.- Por incumplimiento contractual, si el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad (...).

c) Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones: 1.- Se aplicará una multa del CERO COMA CINCO (0,5) POR CIENTO del valor de lo satisfecho fuera de término por cada DIEZ (10) días hábiles de atraso o fracción mayor de CINCO (5) días hábiles (...).

d) Rescisión por su culpa: Por incumplimiento contractual, si el adjudicatario desistiere en forma expresa del contrato antes de vencido el plazo fijado para su cumplimiento, o vencido el plazo de cumplimiento original del contrato o de su extensión, o vencido el plazo de las intimaciones que realizara la Comisión de Recepción, en todos los casos, sin que los bienes fueran entregados o prestados los servicios de conformidad.

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.”.

Finalmente, el artículo 127 del reglamento de que se trata establecía un límite a la aplicación de multas, con los siguientes alcances: “En ningún caso las multas podrán superar el CIEN POR CIENTO (100%) del valor del contrato.”.



Expuesta como fuere la normativa bajo la cual se perfeccionó el contrato que nos ocupa, no resulta dudoso afirmar que el cumplimiento de las prestaciones en el plazo establecido y en las condiciones fijadas era en aquel momento –y claramente sigue siéndolo en la actualidad– la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, que en este supuesto habría sido incumplida.

Concluir lo contrario, implicaría desvirtuar la manda legal, que es el cumplimiento de los contratos en tiempo y forma, lo que podría traer aparejado que una práctica excepcional, como lo es el cumplimiento tardío del contrato, se convierta en la regla, en detrimento de los intereses públicos comprometidos en los contratos administrativos.

Es de recordar, a su vez, que en el marco de un contrato administrativo, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la Administración en la realización de un fin público (Cfr. Dictámenes PTN 251:557).

Por otra parte, resulta oportuno poner de relieve que a nivel nacional el régimen de penalidades y sanciones en materia de contrataciones de bienes y servicios es taxativo, 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 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.

Harto conocida es la postura de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en cuanto a que: *“...El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación...”* (Dictámenes PTN 213:147).

Entonces bien, 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 aplicarse ante la existencia y verificación de incumplimientos a su cargo.

En concreto, ante la configuración del incumplimiento correspondería la rescisión del contrato, total o parcial, con ejecución de la garantía de cumplimiento del mismo, en forma total o parcial, según el caso, excepto que el organismo contratante acepte un cumplimiento ostensiblemente extemporáneo, por aplicación del principio de continuidad del contrato.

Justamente, valga destacar que el carácter de indisponible del régimen de penalidades y sanciones no se contraponen con la aplicación del principio de continuidad del contrato, sino que ambos extremos deben interpretarse armoniosamente, máxime si se repara en que la propia normativa aplicable habilita expresamente al organismo a recibir los bienes en forma extemporánea –cuando la jurisdicción o entidad contratante interprete razonablemente que ello satisface de un modo más eficaz y eficiente el interés público comprometido que la mera rescisión del contrato–, pero a su vez obliga a la Administración a aplicar al proveedor la penalidad de multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones, a los fines de preservar el principio de igualdad de tratamiento entre los interesados.

Sobre esta cuestión, esta Oficina Nacional tiene dicho que: *“...Una rescisión de contrato implica para la Administración, un dispendio de recursos económicos y humanos en la gestión del procedimiento – ‘medios utilizados’ - sin resultados fructíferos, es decir, sin que pueda concretarse el ‘fin buscado’ por el ente contratante (satisfacción de una necesidad). De allí que en esta materia rige el principio de continuidad, que es uno de los principios generales que imperan en la ejecución de los contratos administrativos, por medio del cual la Administración debe extremar sus recursos para permitir lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato y evitar su rescisión, porque lo que importa, en vista al interés público comprometido, es que el contrato se cumpla* (Cfr. Dictamen ONC N° 717/11).

Asimismo, autorizada doctrina tiene dicho que el mentado principio se funda en la finalidad propia del contrato administrativo, esto es, la satisfacción del interés público, en la relación de subordinación jurídica del contratista particular y en la técnica de colaboración del administrado para con la Administración Pública. (DROMI, Roberto, “*Derecho Administrativo*”, Ciudad Argentina, 11° Edición, 2006, Buenos Aires, p. 534-535).

En efecto, cuando el contratista interrumpe la ejecución contractual, la Administración Pública debe hacer uso, en principio, de los medios que permitan lograr el cumplimiento o la ejecución del contrato, y no su rescisión, porque lo que importa, en vista del interés general, es que el contrato se cumpla (v. Dictamen ONC N° 675/11).

Es decir, los organismos contratantes deben, ante una eventual rescisión de contrato, ponderar las circunstancias particulares del caso y, en aquellos casos en que la jurisdicción acepte el cumplimiento extemporáneo, corresponderá igualmente la aplicación de la multa por mora, de conformidad con lo establecido en los artículos 119, *in fine* y 126, inciso c) apartado 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.

Tan es así que en casos análogos al de marras, por aplicación del principio de continuidad del contrato se aceptó el cumplimiento de la prestación fuera de término como alternativa a la rescisión contractual, pero a renglón seguido se reafirmó la procedencia de la multa por el período de mora, salvo en aquellos casos en que se haya configurado un supuesto de caso fortuito, de fuerza mayor, hecho del príncipe, etc. (conf. Dictámenes ONC Nros. 203/06, 673/11, entre otros).

En esa línea de pensamiento, en el Dictamen ONC N° 865/12 se puso de resalto que la multa por mora resulta de aplicación “en todos los casos” en que se concediera –expresa o tácitamente– una prórroga en el cumplimiento del plazo contractual, salvo que mediara algún eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor.

Consecuentemente, a la luz de los fundamentos vertidos, no sería jurídicamente admisible, frente a un determinado incumplimiento imputable al proveedor, convenir la no aplicación de las penalidades y/o sanciones que pudieren corresponder –por tratarse, esencialmente, de un régimen indisponible por las partes–, extremo que *a priori* tornaría inviable el proyecto de acuerdo sometido a consideración de esta Oficina, en la medida en que la firma ECOSAN S.A. habría incurrido en incumplimiento de obligaciones contractuales a su cargo, sin que se vislumbren ni se hayan invocado eximentes de responsabilidad.

Sin embargo, no es posible soslayar que en los últimos años las penalidades y sanciones otrora reguladas en el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 han sido objeto de modificaciones que denotan –en algunos aspectos puntuales– una política reglamentaria más favorable, o si se quiere menos gravosa, respecto de los proveedores que han incumplido con sus obligaciones frente a la Administración.

En ese sentido, en un caso sometido a consideración del Órgano Rector durante la vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12, se concluyó que el principio de ley penal más benigna forma parte de un abanico axiológico de corte netamente constitucional y como tal no constituye monopolio exclusivo de ninguna disciplina, por lo que resulta aplicable, con sus particularidades y/o modulaciones, a la facultad sancionatoria de la Administración, comprensiva tanto de penalidades como de sanciones en sentido estricto (v. Dictamen ONC N° 164/14).

Sabido es que el aludido principio de la ley penal más benigna procura zanjar los problemas derivados de la sucesión de leyes en el tiempo, imponiendo como normativa aplicable al caso concreto, la que resulte más beneficiosa para el sujeto pasible de sanción.

Si bien la regla general es que la ley aplicable es la del momento del hecho, el principio se excepciona cuando la nueva ley que rige en el momento de la emisión del acto administrativo resulta más benigna para el imputado, puesto que ésta es la que mejor responde a las necesidades actuales de la sociedad y sería

inútilmente gravoso seguir aplicando reglas cuya existencia ha dejado de ser necesaria.

Dicho esto, ninguna duda cabe en cuanto a que el Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 no contenía disposición alguna que regule la prescripción de las penalidades.

Empero, esta Oficina Nacional entiende que, frente a tal vacío normativo, el actual Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 contempla en su artículo 103 una solución consustancial al régimen específico de los contratos públicos, susceptible de ser aplicada al presente caso en forma retroactiva, por aplicación del principio de la ley penal más benigna.

Desde esa óptica, no parece dudoso afirmar que como fundamento del instituto de la prescripción subyace la idea de que la sociedad tiene evidente interés en que se liquiden situaciones inestables porque ello contribuye tanto a la seguridad jurídica como a la pacificación social.

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/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).

En efecto, el mencionado artículo 103 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece que: *“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, por mandato normativo, corresponde comenzar a computar el plazo de prescripción desde la fecha del incumplimiento de las obligaciones contractuales.

Por todo lo expuesto, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES mantiene, de este modo, la postura oportunamente fijada en el Dictamen ONC N° 164/14 –sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad–, en cuanto a la procedencia de aplicar el principio de la ley penal más benigna en materia de penalidades, alcanzando incluso al instituto de la prescripción.

Luego, si bien corresponde que en el caso concreto la prescripción sea constatada por el organismo de origen con sujeción a las pautas delineadas previamente, dado el tiempo transcurrido, no parece aventurado suponer que la competencia para aplicar penalidades en este caso concreto habría prescripto –no solola multa por mora, sino que, incluso también la alternativa de rescisión parcial de la Orden de Compra N° N° 7/2015, con pérdida proporcional de la garantía de cumplimiento del contrato–.

Desde esa atalaya, esta Oficina Nacional, en lo que concierne al estricto ámbito de sus competencias, no tiene reparos que oponer a la suscripción del acta acuerdo proyectada, sin perjuicio de las observaciones oportunamente efectuadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE, en el Dictamen N° IF-2018-14011677-APN-DGAJ#MAD, de fecha 3 de abril de 2018.

A su vez, resulta pertinente aclarar que frente al hipotético supuesto en que el proyecto de acta acuerdo objeto de análisis finalmente no se suscriba o, eventualmente, que el proveedor incumpla con lo allí establecido, nada obsta para que el organismo contratante inicie las acciones administrativas y/o las acciones judiciales que pudieran corresponder conducentes al recupero de las sumas abonadas sin contraprestación, junto con el resarcimiento integral de los daños y perjuicios que los incumplimientos de la firma ECOSAN S.A. hubieren ocasionado (Cfr. artículo 130 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12).

## 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.

Saluda a ud. atentamente.

KY

AL

ASESOR LEGAL

DE LA DIRECCIÓN DE COMPRAS, CONTRATACIONES, PATRIMONIOS Y SUMINISTROS  
DEL MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE

**Dr. Nicolás Ignacio LUZZI.**

S. \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D.