



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

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2018-36138513- -APN-CGD#SGP y EX-2018-34397311- -APN-CGD#SGP- CONSULTA SOBRE APLICACIÓN DE PENALIDADES – SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

SEÑOR DIRECTOR GENERAL:

Me dirijo a usted en el expediente de la referencia que ingresa para que la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome la intervención de su competencia, remitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

I

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En primer término, se reseñarán los principales antecedentes de las actuaciones giradas en consulta.

Con fecha 29 de mayo de 2017 se emitió la Disposición del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES N° DI-2017-21-APN-SSCA#ME, por medio de la cual se autorizó el llamado a Licitación Pública, para la adquisición de indumentaria deportiva para deportistas becados y entrenadores de seleccionados nacionales, solicitada por la entonces SUBSECRETARÍA DE DEPORTE Y ALTO RENDIMIENTO DEPORTIVO (v. orden 63).

Asimismo, en dicha oportunidad se aprobó el respectivo pliego de bases y condiciones particulares, que como Anexo (PLIEG-2017-08996444-APN-DGAYGF#ME) forma parte del referido acto. Cabe mencionar, en cuanto aquí concierne, que en la Cláusula XXVIII del aludido pliego se estipuló lo siguiente: *“ENTREGA DE LOS BIENES: A) PLAZO DE ENTREGA DE LOS ARTICULOS: dentro de los 150 (ciento cincuenta) días corridos, a partir de la notificación de la orden de compra B) LUGAR DE ENTREGA DE LOS ARTICULOS: Calle Miguel B. Sánchez N° 1050 previo a ello se deberá contactar con la subsecretaria de Deporte y Alto Rendimiento para coordinar la entrega...”*.

Con fecha 7 de noviembre de 2017 se emitió la Resolución de la SECRETARÍA DE DEPORTES de la SECRETARÍA GENERAL N° RESOL-2017-165-APN-SECD#SGP, por cuyo artículo 2° se resolvió adjudicar los Renglones Nros. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 16, 17, 20, 21, 24 y 25 a la firma ANGIE TOURS S.R.L. por un monto total de PESOS ONCE MILLONES SETECIENTOS NOVENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS CON CUARENTA CENTAVOS (\$11.790.756,40) (v. orden 64).

Con fecha 13 de noviembre de 2017 se emitió la Orden de Compra N° 82-1014-OC17 en favor del

proveedor ANGIE TOURS S.R.L., perfeccionándose el contrato en ese mismo momento (v. orden 4).

Con fecha 13 de abril de 2018 la firma ARGIE TOURS S.R.L. efectuó una presentación, en cuyo marco solicitó una prórroga para la entrega de los bienes correspondientes a los Renglones Nros. 1, 2, 5, 6, 7, 8, 10 y 24 (v. orden 5).

En dicha oportunidad, la aludida firma adujo lo siguiente: “...*En total la orden de compra es por 27.180 prendas de vestir de las cuales nosotros ya hemos entregado 13.480 y restan por entregar solamente 13.700 prendas, las cuales ya están en fabricación y entregaremos a la brevedad. Dado que la orden de compra se emitió el 13/11/2017 o sea 5 meses después de la fecha de apertura 23/06/2017 generó un inconveniente en la producción dado que los proveedores de telas no contaban con el stock suficiente y generó una demora en el calendario de producción.*”

Otro inconveniente fue que las muestras entregadas y aprobadas por el Ministerio de Deportes el 23/06/2017 eran pequeñas según el personal de Alto Rendimiento, motivo por el que nos vimos obligados a realizar una moldería personalizada para el equipo de ALTO RENDIMIENTO. Esto generó un desarrollo de moldería que no estaba contemplado en la producción.”.

A mayor abundamiento, firma ARGIE TOURS S.R.L. indicó que: “...*El manual de marca nos lo enviaron vía mail el 14/12/2017, o sea 1 mes más tarde que la orden de compra. Vale destacar que además de recibir tarde el manual, no pudimos comenzar con la producción porque la Secretaría estaba evaluando un nuevo diseño de Logotipo de Argentina País que luego de 30 días de espera, nos confirman que la leyenda no se incluye y esto nos lo confirmaron el 17/01/2018. Podemos decir que se demoraron 2 meses para confirmar el logotipo que se aplicaría a las prendas adjudicadas cuando en realidad deberían de haber sido solo 5 días.*”

En el Anexo I de las especificaciones técnicas no se interpreta que debamos estampar todas las prendas sino solamente las camperas, camperones y remeras, o sea que los equipos protocolares, las chombas y las musculosas no llevan la palabra ARGENTINA en termo vinilo. Luego de presentar las muestras, la Secretaría nos pidió por favor que incluyamos la palabra ARGENTINA en 12.980 prendas que no estaban contempladas en el presupuesto. Esto nos generó un mayor costo y un tiempo adicional de producción que no estaba contemplado.

En resumen, podemos decir que estos motivos dejan en evidencia que la prórroga que solicitamos no debe a un problema de la firma ARGIE TOURS SRL sino que es un problema externos y que los 150 días de producción se cumplirían el 13/06/2018.” (el subrayado no corresponde al original) (v. orden 5).

Con fecha 16 de abril de 2018 tomó intervención la SECRETARÍA DE DEPORTES de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Nota N° NO-2018-16581571-APN-SECD#SGP, a través de la cual la mencionada instancia sostuvo: “...*El proveedor informó que la orden de compra de los ítems ofertados fue emitida 5 meses después de la fecha de apertura generando un inconveniente en la producción, dado que los proveedores de telas no contaban con el stock suficiente. Además esta administración no pudo confirmar en tiempo oportuno el logo a estampar en las prendas por encontrarse en elaboración un nuevo logo de marca país, que posteriormente debido al trascurso del tiempo no pudo confirmar, debiéndose informar al proveedor en enero de 2018 que el logo a estampar era el indicado en el pliego. Asimismo no quedó explicitado precisamente en el pliego que la palabra Argentina debía constar en todas las prendas incluso equipos protocolares, chombas y musculosas, generándole su impresión un costo no contemplado en su oferta (...).*”

Teniendo en consideración que los bienes involucrados son indispensables para el funcionamiento del Programa de Deportistas Becarios y Entrenadores Nacionales acorde a sus necesidades de entrenamiento, competencia y protocolo en los distintos períodos estacionales. Esta Dirección Nacional considera que debe otorgarse la extensión del plazo hasta el 13 de Junio de 2018, sin aplicación de penalidad alguna” (el subrayado no corresponde al original) (v. orden 6).

Con fecha 13 de junio de 2018 la firma ARGIE TOURS S.R.L. realizó una nueva presentación, por medio de la cual solicitó una segunda prórroga: “...para los renglones número 7 y 8, correspondientes a la Orden de Compra: 82-1014-OC17 (...) El motivo por el cual solicitamos la prórroga es que uno de nuestros proveedores de webenit (la tela que se utiliza para la confección de los conjuntos protocolares correspondientes al renglón 7 y 8) nos entregó más del 60% de los rollos de tela de un tono distinto al acordado. Por este motivo les devolvimos la mercadería y nos demoraron con la reposición (...) Estimamos que como última fecha, la entrega sería en el mes de Julio...” (v. orden 7).

Con fecha 19 de junio de 2018 tomó intervención la DIRECCIÓN NACIONAL DE DEPORTE y ALTO RENDIMIENTO DEPORTIVO de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Nota N° NO-2018-29451451-APN-DNDYARD#SGP, oportunidad en la cual la aludida Dirección consideró que debe otorgarse a la firma ARGIE TOURS SRL la extensión del plazo solicitado hasta el 30 de julio de 2018 (v. orden 8).

Finalmente, con fecha 20 de diciembre de 2018 se expidió la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN mediante Providencia N° PV-2018-66795789-APN-DGAJ#SGP, donde se puso de relieve lo siguiente: “... analizadas las prórrogas solicitadas por la firma ‘ARGIE TOURS SRL’ podría desprenderse que la primera fue efectuada por motivos externos a la empresa –dado que la Dirección de Administración y Logística estimó que correspondía otorgársela sin aplicación de penalidad alguna-; y que la segunda prórroga solicitada fue por motivos atribuibles al proveedor (...) se eleva a consulta si corresponde aplicar o no una penalidad en los días transcurridos en la primera prórroga otorgada al adjudicatario para el cumplimiento del objeto del presente y a partir de qué momento o si, por el contrario, corresponde aplicar la multa a partir de la segunda prórroga solicitada por la firma ‘ARGIE TOURS SRL’...” (el subrayado no corresponde al original) (v. orden 59).

II

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión con respecto a si en el marco de la Licitación Pública N° 82-0006-LPU17: “...corresponde aplicar o no una penalidad en los días transcurridos en la primera prórroga otorgada al adjudicatario para el cumplimiento del objeto del presente y a partir de qué momento o si, por el contrario, corresponde aplicar la multa a partir de la segunda prórroga solicitada por la firma ‘ARGIE TOURS SRL’” (v. PV-2018-66795789-APN-DGAJ#SGP).

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 la SECRETARÍA GENERAL de la PRESIDENCIA DE LA NACIÓN es una jurisdicción de la Administración Central, y por lo tanto se encuentra incluida 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 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 adquisición de indumentaria deportiva para deportistas becados y entrenadores de seleccionados nacionales 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° 82-0006-LPU17 fue autorizada mediante la Disposición del ex MINISTERIO DE EDUCACIÓN Y DEPORTES N° DI-2017-21-APN-SSCA#ME, del 29 de mayo de 2017, resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, normas modificatorias y complementarias.

IV

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

A título introductorio y para un mejor desarrollo de la problemática objeto de consulta, resulta pertinente hacer una brece reseña de la normativa que resulta de aplicación al caso bajo examen.

Ante todo, no resulta ocioso recordar que el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece: *“ORGANOS DEL SISTEMA. El sistema de contrataciones se organizará en función del criterio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa. Los órganos del sistema y sus respectivas funciones serán:*

a) El Órgano Rector será la Oficina Nacional de Contrataciones o el organismo que en el futuro la reemplace, el que tendrá por función proponer políticas de contrataciones y de organización del sistema, proyectar normas legales y reglamentarias, dictar normas aclaratorias, interpretativas y complementarias, elaborar el pliego único de bases y condiciones generales, diseñar e implementar un sistema de información, ejercer la supervisión y la evaluación del diseño y operatividad del sistema de contrataciones y aplicar las sanciones previstas en el artículo 29, inciso b) del presente régimen; y

b) Las unidades operativas de contrataciones funcionarán en las jurisdicciones y entidades aludidas en el artículo 2° del presente y tendrán a su cargo la gestión de las contrataciones.”.

Luego, el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1023/01 prevé que los oferentes o cocontratantes podrán ser pasibles -frente a determinados incumplimientos- de penalidades y sanciones, encontrándose entre las primeras la multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones.

Si bien el concepto del término “penalidad” alude a un castigo, el sentido de su aplicación no es el mero hecho de condenar una conducta contraria a lo establecido en el contrato, sino que la Administración, en virtud de su poder de dirección y control en la ejecución del contrato, debe asegurarse el efectivo cumplimiento de la prestación por parte del adjudicatario en beneficio del interés público comprometido.

Por su parte, el artículo 83 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece: *“ENTREGA. Los cocontratantes deberán cumplir la prestación en la forma, plazo o fecha, lugar y demás condiciones establecidas en los documentos que rijan el llamado, así como en los que integren la orden de compra, venta o contrato.”.*

A su vez, en lo que respecta a la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación el artículo 93 del mentado Reglamento prescribe: *“...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 correspondiente 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 artículo 102, inciso c), apartado 1 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 la jurisdicción o entidad 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.”.

En otro orden de cosas, el artículo 94 del Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16 prescribe: “CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. Las penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o 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.”.

Finalmente, el artículo 102 del mismo cuerpo reglamentario estipula, en su parte pertinente: “CLASES DE PENALIDADES. Los oferentes, adjudicatarios y cocontratantes serán pasibles de las penalidades establecidas en el artículo 29 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, cuando incurran en las siguientes causales: (...) c) Multa por mora en el cumplimiento de sus obligaciones: 1.- Se aplicará una multa del CERO COMA CERO CINCO POR CIENTO (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso.”.

Expuesta como fuere la normativa aplicable, ninguna duda cabe en cuanto a que el cumplimiento del contrato en el plazo y en las condiciones fijadas es la regla general e importa una obligación contractual para el proveedor, por lo que toda aceptación de los bienes fuera de término opera como una excepción a dicha regla, frente a la cual es el organismo de origen quien se encuentra en mejores condiciones para valorar si la entrega extemporánea resulta útil en miras a satisfacer el interés público comprometido.

En efecto, al ofertar el proveedor se obliga no solo a cumplir con las prestaciones a su cargo, sino también a cumplirlas en el tiempo acordado en el pliego de bases y condiciones particulares.

A ello debe agregarse que en cuanto a los plazos y formas de entrega del bien o provisión del servicio la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho: “Constituye una característica fundamental del contrato de suministro la estricta obligación de entrega de las cosas pactadas en el tiempo y lugar convenidos, por requerirlo así el interés público...” (PTN 262:548).

Consecuentemente, la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación sólo será admisible cuando existan causas debidamente justificadas y las necesidades de la jurisdicción o entidad contratante admitan la satisfacción de la prestación fuera de término. 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 (v. Dictamen ONC N° 57/2016, entre otros).

Por otra parte, es menester dejar en claro que la extensión del plazo de cumplimiento de la prestación, una

vez que es aceptada por el organismo contratante (ya sea como consecuencia de un pedido expreso por parte del proveedor en tiempo y forma, o incluso extemporáneo o aún en los casos en que la aceptación tiene lugar en forma tácita), acarrea por regla general la aplicación de la penalidad de multa por mora

Es decir, la aplicación de una multa y/o multas por mora en ningún caso puede quedar librada a la discrecionalidad del organismo contratante, sino que necesariamente procederá cuando se verifique un cumplimiento tardío o extemporáneo de la prestación, salvo que medie alguna eximente de responsabilidad, verbigracia, un supuesto de caso fortuito, fuerza mayor, etc.

De esto último se infiere, a su vez, que para poder multar al proveedor el cumplimiento extemporáneo debe ser a él imputable y no al propio organismo (en este último caso, ya sea por la acción u omisión de diligencias puestas en cabeza de los funcionarios, deficiencias en el pliego, etc.).

Pues bien, en el caso concreto traído a estudio, la Cláusula XXVIII del pliego de bases y condiciones particulares correspondiente a la Licitación Pública N° 82-0006-LPU17 previó lo siguiente: “*ENTREGA DE LOS BIENES: A) PLAZO DE ENTREGA DE LOS ARTICULOS: dentro de los 150 (ciento cincuenta) días corridos, a partir de la notificación de la orden de compra B) LUGAR DE ENTREGA DE LOS ARTICULOS: Calle Miguel B. Sánchez N° 1050 previo a ello se deberá contactar con la subsecretaria de Deporte y Alto Rendimiento para coordinar la entrega... ”.*

Siendo ello así, en la medida en que la Orden de Compra N° 82-1014-OC17 fue difundida a través del Portal “COMPR.AR” (<https://comprar.gob.ar/>) con fecha 13 de noviembre de 2017, cabe concluir que el plazo de cumplimiento del contrato expiró el 12 de abril de 2018 mientras que, a juzgar por las constancias acompañadas, las prestaciones fueron satisfechas por ANGIE TOURS S.R.L. con posterioridad a dicha fecha.

Ahora bien, por aplicación del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa expresamente receptado en el citado artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01, esta Oficina Nacional no posee facultades para expedirse respecto del valor de lo satisfecho fuera de término y/o la fracción de tiempo sobre la cual corresponde cuantificar la multa, por cuanto dicho cálculo es del resorte exclusivo del organismo licitante.

En efecto, se trata de una facultad de la autoridad competente para decidir. Eventualmente, en caso de verificarse que la mora resultó atribuible al proveedor -en todo o en la parte que corresponda- y no al propio organismo y que no medió ninguna eximente de responsabilidad, corresponderá aplicar una multa del CERO COMA CERO CINCO POR CIENTO (0,05%) del valor de lo satisfecho fuera de término por cada día hábil de atraso imputable al proveedor.

Por el contrario, frente al hipotético caso en que la autoridad competente considere, por ejemplo, que la primera de las prórrogas solicitadas tuvo lugar a raíz de causas atribuibles al propio organismo o a defectos en el pliego de bases y condiciones particulares que directa o indirectamente impidieron que el proveedor cumpla en el tiempo convenido (como pareciera desprenderse de la Providencia N° PV-2018-66795789-APN-DGAJ#SGP), ello deberá verse reflejado en los considerados del acto administrativo correspondiente y no deberá computarse dicho lapso en el cálculo de la penalidad, desde que no parece razonable trasladar al particular las consecuencias desfavorables que puedan derivarse de un pliego de bases y condiciones particulares defectuoso y/o del incumplimiento de cargas que el propio organismo contratante haya estipulado en el pliego en cabeza de sus funcionarios.

Va de suyo que la decisión que adopte, finalmente, el organismo de origen deberá ceñirse a las normas citadas a lo largo del presente acápite.

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.

DN

AL

DIRECTOR GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS

DE LA SECRETARÍA GENERAL

DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN.

Dr. Néstor Omar SCARLATA.

S. _____ / _____ D.