



**República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional**  
2020 - Año del General Manuel Belgrano

**Dictamen firma conjunta**

**Número:**

**Referencia:** EX-2017-32269480- -APN-DCYC#MDS – CONSULTA SOBRE PAGO DE FACTURAS A UNA PERSONA DISTINTA DEL COCONTRATANTE.

---

**EX-2017-32269480- -APN-DCYC#MDS – CONSULTA SOBRE PAGO DE FACTURAS A UNA PERSONA DISTINTA DEL COCONTRATANTE.**

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted en el expediente de la referencia que ingresa para que esta Oficina Nacional tome la intervención de su competencia, según lo indicado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del organismo de origen en su Providencia N° PV-2019-105378759-APNDGAJMDS#MSYDS.

**-I-**

**RESEÑA DE ANCEDENTES**

En el presente acápite se reseñarán -sucintamente- los principales antecedentes obrantes en los presentes actuados.

Mediante el IF-2019-106729666-APN-DCYC#MSYDS la DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES del entonces MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL remite las presentes actuaciones y requiere la intervención de esta Oficina Nacional, según lo indicado por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de esa cartera en su Providencia N° PV-2019-105378759-APNDGAJMDS#MSYDS, a fin de solicitar colaboración y poder determinar la forma de proceder en el caso en cuestión.

Mediante la citada providencia la aludida instancia letrada pone de manifiesto que vuelven las presentes actuaciones a esa Dirección General de Asuntos Jurídicos relacionadas con la presentación efectuada por el señor Mario COCO, por derecho propio así como en representación de la firma ACEROS COCO S.A., en su carácter de presidente de ésta, mediante la cual reclama el pago de facturas emitidas por la firma ACEROS COCO S.A. en el marco de la Licitación Pública N° 144/17, en donde resultó adjudicado el señor Mario COCO, en atención a la transferencia del fondo de comercio de este último hacia el primero (v. orden 206).

En tal sentido, el referido servicio permanente de asesoramiento jurídico indica que previo a dictaminar sobre el

fondo de la cuestión, toda vez que no se han vinculado a las actuaciones los remitos y facturas relacionadas a las entregas, así como tampoco se informó si la firma ACEROS COCO S.A. resultó adjudicataria en algún otro procedimiento de selección de ese Ministerio, conforme lo requerido mediante PV-2019-79822196-APN-DGAJMDS#MSYDS (v. orden 237), remite las presentes actuaciones a sus efectos.

Sin perjuicio de ello, la asesoría legal de que se trata indicó que, en atención a lo informado por la DIRECCIÓN DE PROGRAMACIÓN Y EJECUCIÓN PRESUPUESTARIA en cuanto que COCO MARIO y ACEROS COCO S.A. son dos entes distintos (v. orden 253), se sugiere requerir la intervención de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en su carácter de Órgano Rector, a modo de colaboración, a efectos de determinar la forma de proceder.

Por su parte, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS manifiesta: *“Cabe consignar que en las presentes actuaciones se encuentra agregada la documentación que se detalla a continuación y que se han efectuado las intervenciones responsables del trámite que se indican:*

*En orden 62, luce el Pliego de Bases y Condiciones Particulares.*

*En orden 76, obra Disposición N° 300 del 23 de mayo de 2018 de la Dirección General de Administración, mediante la cual se autorizó a efectuar una Licitación Pública con el objeto de lograr la adquisición de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido, necesarias para asistir a la población de alta vulnerabilidad social y en virtud de la situación de emergencias climáticas que acontecen en nuestro país, solicitadas por la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL, así como se aprobó el correspondiente Pliego de Bases y Condiciones Particulares.*

*En orden 93, luce el Acta de Apertura de ofertas de fecha 15 de junio de 2018, de donde surge que en la Licitación Pública N° 144/17 se presentaron las firmas BENEDETTI S.A.I.C., CONSTRUCCIONES PARQUE S.A., MASIDER S.A., ABC LATINOAMERICANA DE COMERCIALIZACIÓN S.R.L. y MARIO COCO.*

*En orden 189, obra Resolución N° 243 del 7 de septiembre de 2018 de la SECRETARÍA DE COORDINACIÓN, mediante la cual, entre otros extremos, se aprobó la Licitación Pública N° 144/17, tendiente a lograr la adquisición de chapas de acero revestido, necesarias para asistir a la población de alta vulnerabilidad social y en virtud de la situación de emergencia climáticas que acontecen en nuestro país, por la SUBSECRETARÍA DE ABORDAJE TERRITORIAL, y se adjudicó en la misma a la firma MARIO COCO la cantidad de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido por la suma total de PESOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$25.875.000.-).*

*En orden 203, se agrega la Orden de Compra N° 1289/18 emitida a favor de la firma MARIO COCO, en el marco de la Licitación Pública N° 144/17, por la cantidad de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido por la suma total de PESOS VEINTICINCO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO (\$25.875.000), perfeccionada el 21 de septiembre de 2018, conforme lo informado por la firma MARIO COCO (v. orden 206).*

*En orden 206, obra presentación efectuada por el señor Mario COCO, por derecho propio así como en representación de la firma ACEROS COCO S.A., en su carácter de presidente de ésta, mediante la cual reclama el pago de facturas emitidas por la firma ACEROS COCO S.A. en el marco de la Licitación Pública N° 144/17, en donde resultó adjudicada la firma COCO MARIO, en atención a la transferencia del fondo de comercio de este último hacia el primero.*

*En orden 224, se agrega el Contrato de Transferencia del Fondo de Comercio suscripto en fecha 2 de agosto de*

2018 por el señor Mario COCO, por derecho propio (en carácter de transmitente) y el señor Mario COCO, en su carácter de presidente del Directorio de la firma ACEROS COCO. S.A. (en carácter de adquirente).

En orden 233, la Dirección de Compras y Contrataciones informa que 'de acuerdo a la Plataforma COMPR.AR, la firma COCO MARIO CUIT 20-15257968-4 se encuentra en estado inscripto desde el 24 de julio de 2017 y la firma ACEROS COCO S.A. CUIT 30-71570344-7 se encuentra en estado pre inscripto desde el 19 de febrero de 2019'.

En orden 244/248, obran las Actas de Recepción Definitiva N° 138/19, N° 153/19 (rectificatoria del Acta de Recepción N° 138/19), N° 154/19, N° 167/19 y N° 192/19, respectivamente, correspondientes a la Orden de Compra N° 1289/18, emitida a favor de la firma COCO MARIO. En orden 249, la Comisión de Recepción Definitiva de Bienes y Servicios informa que 'la Orden de Compra N° 95-1289-OC18, que fue adjudicada a la empresa MARIO COCO y todas las Actas de Recepción Definitiva fueron labradas en función a dicha Orden de Compra. Sin embargo, por un error involuntario, se recepcionaron los remitos correspondientes a la empresa cuya razón social es ACEROS COCO S.A.'.

En orden 253, la Dirección de Programación y Ejecución Presupuestaria informa que se encuentran "imposibilitados de emitir las Ordenes de Pago correspondientes a la Orden de Compra 95-1289-OC18 adjudicada a la Razón Social: MARIO COCO - Número de Ente: 187588 - CUIT N° 20-15257968-4 pues las facturas y remitos contenidos en los mismos corresponden a la firma ACEROS COCO S.A. - Número de Ente:667396 - CUIT N° 30-71570344-7, quedando en claro que son dos entes distintos".

Asimismo, de la compulsas de las presentes actuaciones no surge que exista presentación alguna del cocontratante solicitando la autorización de la cesión de la orden de compra, así como tampoco acto alguno autorizando o rechazando dicha solicitud.

A su vez, corresponde precisar que a la fecha de la cesión del fondo de comercio (2 de agosto de 2018), la Licitación Pública N° 144/17 aún se encontraba en trámite, por lo que aún no había sido emitida la Orden de Compra N° 1289/18, cuyo perfeccionamiento recién operó el 24 de septiembre de 2018. Es decir que a la fecha de la cesión del fondo de comercio no existía contrato alguno que ceder, motivo por el cual tampoco se encuentra mencionado en los listados adjuntos al Convenio de cesión.

Cabe señalar que si bien en el Convenio se menciona que tiene los siguientes Anexos: "I. Bienes muebles, inmuebles, clientela y créditos del fondo de comercio", "II. Deudas del fondo de comercio, que asume el comprador", "III. Listado del personal, que continúan en relación de dependencia laboral con el adquirente, con reconocimiento de su antigüedad", y "IV. Contratos abiertos, en cursos de ejecución de Mario Coco", los anexos que se presentaron son los siguientes: "DETALLE DE CRÉDITOS POR VENTA", "LISTADO DE BIENES DE CAMBIO", "DETALLE DEUDAS COMERCIALES", "DEUDAS SOCIALES", "DEUDAS FISCALES", "DEUDAS BANCARIAS Y FINANCIERAS", "LISTADO BIENES DE USO REGISTRABLES", "LISTADO BIENES DE USO NO REGISTRABLES" y "DETALLE SALDOS A FAVOR FISCALES", "CCT 130/75 EMPLEADOS DE COMERCIO".

**-II-**

## **OBJETO DE LA CONSULTA**

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que determine la forma de proceder en el presente caso, en el que quien resultó adjudicatario en un procedimiento de selección no coincide con quien presenta las facturas para el cobro de los bienes entregados y recibidos de conformidad por el organismo

contratante.

**-III-**

### **ÁMBITO DE APLICACIÓN**

En forma previa a efectuar un examen 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 de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, cabe indicar que el actual MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL (ex MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL) es una jurisdicción comprendida dentro de la Administración Central, razón por la cual se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, corresponde afirmar que el Régimen General 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.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trató de la adquisición de VEINTICINCO MIL (25.000) chapas de acero revestido y, asimismo, que no existen constancias que permitan inferir que estamos frente a algún supuesto de excepción, puede concluirse que es un contrato comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Pues bien, respecto de la reglamentación que rige el procedimiento que nos ocupa, en la medida en que la Licitación Pública N° 144/17 fue autorizada por la Disposición de la DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN del MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL N° DI-2018-300-APN-DGA#MDS, de fecha 23 de mayo 2018, 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, el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, el Manual de Procedimiento para la Incorporación y Actualización de datos en el SIPRO aprobado como Anexo a la Disposición ONC N° 64/16 y la Disposición ONC N° 65/16, siendo esta última la norma por cuyo intermedio se habilitó el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional denominado "COMPR.AR", junto con sus normas modificatorias y complementarias.

**-IV-**

### **ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN**

A título introductorio, es del caso recordar que esta Oficina Nacional no posee entre sus atribuciones funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16 e IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, entre muchos otros.

Por consiguiente, la opinión que ha de brindarse se circunscribirá al objeto de consulta delimitado en el Acápite II, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector ni a aquéllas que no fueron objeto de consulta.

En esa inteligencia, tanto las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento.

Aclarado lo anterior y para una mejor elucidación de la cuestión traída a estudio, deviene útil realizar una breve reseña de la normativa que resulta de aplicación al caso bajo examen.

En tal sentido el artículo 13 del Decreto 1023/2001, en su parte pertinente dispone: “*Artículo 13. — FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LOS COCONTRATANTES. Sin perjuicio de las facultades y obligaciones previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual, el cocontratante tendrá: (...) b) La obligación de ejecutar el contrato por sí, quedando prohibida la cesión o subcontratación, salvo consentimiento expreso de la autoridad administrativa, en cuyo caso el cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato.*”

*Para ello se deberá verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria al momento de la cesión.”.*

Por su parte el artículo 101 del reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 establece: “*ARTÍCULO 101.- CESIÓN O SUBCONTRATACIÓN. Queda prohibida la subcontratación o cesión del contrato, en ambos casos, sin la previa autorización fundada de la misma autoridad que dispuso su adjudicación. El cocontratante cedente continuará obligado solidariamente con el cesionario por los compromisos emergentes del contrato. Se deberá verificar que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento, como al momento de la cesión. En caso de cederse sin mediar dicha autorización, la jurisdicción o entidad contratante podrá rescindir de pleno derecho el contrato por culpa del cocontratante con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato.*”

*En ningún caso con la cesión se podrá alterar la moneda y la plaza de pago que correspondiera de acuerdo a las características del cocontratante original en virtud de lo establecido en las normas sobre pagos emitidas por la SECRETARÍA DE HACIENDA del MINISTERIO DE HACIENDA Y FINANZAS PÚBLICAS.”.*

Finalmente, el artículo 102 del aludido cuerpo reglamentario prevé, 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: (...).*

*b) Pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato: (...) 2.- Por ceder el contrato sin autorización de la jurisdicción o entidad contratante (...).*

*d) Rescisión por su culpa: (...) 2.- Por ceder el contrato sin autorización de la jurisdicción o entidad contratante...”.*

Habiendo reseñado la normativa aplicable, corresponde en esta instancia adentrarnos en la consulta de marras.

De la normativa transcripta se desprende que, en principio, el cocontratante tiene la obligación de ejecutar el contrato por sí y que la cesión o subcontratación solo puede operar mediando autorización expresa de la autoridad competente, verificando previamente que el cesionario cumpla con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento y al momento de la cesión.

De las constancias obrantes en autos, se desprende que tal autorización no operó, y que el contrato fue cumplido por una persona (ACEROS COCO S.A., CUIT N° 30-71570344-7) diferente a quien ofertó, resultó adjudicataria y con la que se perfeccionó el respectivo contrato (MARIO COCO, CUIT N° 20-15257968-4).

No puede dejar de advertirse que la persona humana que presentó la oferta, forma parte integrante de la persona jurídica que finalmente termina cumpliendo el contrato, no obstante, esta cuestión no implica que puedan sortearse las formalidades requeridas por la normativa para modificar la persona del cocontratante. Mas aún teniendo en cuenta el carácter intransferible de los contratos administrativos, por ser uno de sus caracteres tradicionales su naturaleza *intuitu personae*, o en su caso, por considerar que la persona seleccionada es siempre de importancia.

Ello así, la persona del contratista no resulta indiferente en cuanto al cumplimiento del contrato y por ello para su selección se deben seguir una serie de procedimientos y recaudos mediante los que se busca otorgar la mayor transparencia y objetividad.

Oportunamente esta Oficina sostuvo: “*En primer lugar, cabe advertir que, en principio, se debe identificar la persona oferente, con la adjudicataria y beneficiaria de pago, salvo en supuestos de excepción como el pago del seguro de riesgo del trabajo (Ley N° 24.557 y artículo 9° del Decreto N° 334/1996) o en los casos en que medie una cesión del contrato. Sin embargo, en este último caso, el cesionario debería cumplir con los mismos requisitos y características necesarias para poder ser oferente en el procedimiento de que se trate (conf. artículo 13 inciso b) in fine del Decreto N° 1023/2001.*” (Dictamen ONC 808/12).

A la luz de la normativa aplicable se desprende que, se podría optar por autorizar la cesión convalidando lo actuado y saneando por confirmación los actos efectuados durante la ejecución contractual, siempre y cuando se pueda verificar el cumplimiento de los parámetros requeridos por la normativa, es decir que el cesionario cumpliera con todos los requisitos de la convocatoria a ese momento, como al momento de la cesión, o bien, rescindir de pleno derecho el contrato por culpa del cocontratante con pérdida de la garantía de cumplimiento del contrato.

Ahora bien, en el caso en análisis, se verifica que la primera de las soluciones planteadas no resulta factible, por cuanto el cesionario no cumple por lo menos con uno de los requisitos de la convocatoria. Ello por cuanto en el Sistema de Información de Proveedores la empresa ACEROS COCO S.A., CUIT N° 30-71570344-7, se encuentra en estado pre-inscripto, cuando de acuerdo con la normativa vigente, los oferentes deben encontrarse inscriptos y con los datos actualizados al momento de la emisión del dictamen de evaluación.

Por su parte, cabe indicar que nos encontramos frente a una provisión de bienes (ya que los bienes fueron entregados y recibidos de conformidad), sin contrato que vincule a las partes, motivo por el cual, en principio, no corresponde que sea abonada suma alguna a quien proveyó los bienes, puesto que no existe, precisamente, contrato válido que respalde el pago de los mismos.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, no es posible soslayar que si pese a la nulidad o inexistencia del contrato, se verifica el cumplimiento de determinada prestación y su aceptación de conformidad por parte de la autoridad administrativa, corresponderá al organismo de que se trate meritar si, en el caso, ha existido un enriquecimiento injustificado por parte del Estado a costa del empobrecimiento de un tercero.

En caso afirmativo, a los efectos del pago resultará –en principio– procedente el reconocimiento de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, siempre y cuando se verifiquen los requisitos que tornan viable la acción de restitución o *actio in rem verso* (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 887/12, 888/12 e IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM). De no ser ello así, el Estado se beneficiaría ilegítimamente de bienes o servicios útiles, sin contraprestación alguna, causando como correlato el empobrecimiento del proveedor, motivado

precisamente por la falta de contraprestación.

En tal caso, queda claro que la fuente de la obligación no radicará en el contrato sino en la situación de enriquecimiento sin causa señalada.

Sentado lo anterior y para un mejor abordaje de la problemática objeto de consulta, resulta oportuno pasar revista por los principales pronunciamientos y aportes de doctrina donde se han abordado las distintas aristas que presenta la cuestión.

Ello, con miras a bosquejar algunas precisiones sobre el instituto comúnmente conocido como “reconocimiento de gastos” o “pago de legítimo abono”.

Pues bien, ante todo ha de subrayarse que la figura del “legítimo abono” no está contemplada formalmente en el plexo normativo vigente a nivel nacional, sino que resulta ser una solución basada en la equidad frente a una circunstancia que en su génesis constituye una irregularidad administrativa (v. Dictamen ONC N° 55/04), ya que se trata de la aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones, pero que frente a la efectiva prestación del servicio y/o entrega de los bienes por parte de la persona interesada, se ha dicho que resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración.

Desde esa óptica, no es otra cosa que el pago ordenado para que no se produzca un enriquecimiento sin causa de la Administración, ante la comprobación de que el particular ha entregado bienes o prestado servicios que fueron recibidos de conformidad por la autoridad administrativa. Justamente, se entiende por “legítimo abono” al acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor, no existiendo contrato válido que pueda servir como fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente– pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa (v. MARCHIETTI, Luciano “¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido”, en *El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho*, 2005. P. 706.).

Por ello, en las contrataciones apartadas del Decreto Delegado N° 1023/01 y su reglamento, el pago que pudiera corresponder por las prestaciones efectivamente cumplidas debe realizarse en el marco del mentado instituto del enriquecimiento sin causa que, si bien es de carácter civilista, se aplica al derecho administrativo por analogía.

En materia de contratos administrativos, la doctrina ha señalado: “...la acción de enriquecimiento sin causa sólo puede entablarse cuando los hechos o situaciones que genera el desplazamiento patrimonial sin causa no acuerdan, a quienes la invocan, la posibilidad de la restitución o solución por otras vías legales derivadas del contrato administrativo o de las normas que lo regulan...” y, asimismo, que ésta: “...Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa legal a costa de otro” (v. HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A.; *El enriquecimiento sin causa en los contratos administrativos*; en *Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p.114.).

Lo cual lleva a concluir que: “...el principio de enriquecimiento sin causa y la acción in rem verso, de aplicación subsidiaria, están previstos para impedir que, ante la ausencia de normas jurídicas que regulen una situación determinada, una persona –entre ellas, la Administración – pueda enriquecerse injustamente en perjuicio de otra. Pero no funciona como un medio de rectificar el derecho aplicable, pensado por el legislador como justa solución para los intereses en juego, ni puede ser una solución cómoda e indiscriminada que ponga en peligro y trastorne el

*orden institucional y jurídico establecido.” (HERRERA DE VILLAVICENCIO, Blanca A., op. cit., p. 114.).*

En suma, esta acción tiene por objeto el restablecimiento del equilibrio patrimonial entre el empobrecido y el enriquecido. Encuentra su fundamento en la equidad que da sustento a la pretensión del empobrecido, pues nadie puede enriquecerse injustamente o sin causa a costa de otro.

Pese a la extensión de la cita, la claridad conceptual e instrumental del Dictamen de la PROCURACIÓN DEL TESORO de la NACIÓN N° 94, del 27 de mayo de 2013, justifica su transcripción literal para mejor ilustrar la cuestión que nos ocupa: “...*La circunstancia de que en la especie no se hayan seguido los procedimientos propios del régimen previsto para las contrataciones de la Administración Pública, vicia de nulidad las que se habrían llevado a cabo con la reclamante.*

*Tal vicio impide que de dichas contrataciones irregulares se deriven efectos válidos por lo que, en el examen de caso, debe excluirse la aplicación de normas y principios de carácter contractual (...).*

*Sin embargo, si como consecuencia de dichos actos irregulares la Administración hubiera recibido un servicio sin contraprestación de su parte (...) se configuraría una situación que requeriría un tratamiento específico.*

*En consecuencia, ante la posibilidad de que esa hipótesis se verifique en la especie, estimo necesario que se proceda siguiendo los siguientes lineamientos:*

*a) En primer término, el organismo técnico con competencia específica en la materia de la jurisdicción (...) deberá informar si hubo o no prestaciones -obras o servicios- cumplidas (...) que no hayan sido abonadas.*

*b) Si la respuesta fuera afirmativa, la autoridad jurisdiccional determinará si en tal situación se encuentran reunidos o no los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se exigen para la procedencia de la acción in rem verso: esto es, enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra -motivado precisamente por la falta de contraprestación-, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (...) y carencia de otra acción útil -nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio (Dictámenes 241:115; 265:105; 280:107, entre otros).*

*En este supuesto, deberá tenerse presente que cuando a una situación puedan resultarle aplicables los principios del enriquecimiento sin causa, el eventual crédito del empobrecido ...no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (...).*

*c) Si se concluyera que tal situación se configura en la especie, corresponderá que la empresa reclamante presente, con relación a las prestaciones cuyo cumplimiento se encuentre fehacientemente acreditado y que no hayan sido abonadas, los estudios técnicos pertinentes referidos a su estructura de costos, que establezcan únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar el margen de ganancia o beneficio que pretende.*

*d) Determinada que sea la suma a abonar, a fin de subsanar la situación contraria a la justicia distributiva que importaría un enriquecimiento sin causa del Estado a costa de la empresa reclamante (...) estaría habilitada para reconocer de legítimo abono el crédito que eventualmente resulte a su favor...” (Dictámenes PTN 285:156).*

A mayor abundamiento, en el Dictamen N° 32, del 2 de febrero de 2012, se recordó que: “*Los requisitos que doctrinaria y jurisprudencialmente se exigen para la procedencia de la acción in rem verso son: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, motivado precisamente por la falta de contraprestación, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime*



*la adquisición) y carencia de otra acción útil – nacida de un contrato o de la ley –para remediar el perjuicio (conf. Dict. 241:115) (...).*

*Cuando a una situación puedan resultarle aplicables los principios del enriquecimiento sin causa, debe tenerse presente que en este marco el crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento de la demandada, estando por tanto sometido siempre al límite menor (conf. Dict. 238:9; 239:17)...” (Dictámenes PTN 280:107).*

Con base en el criterio sostenido por el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL en los citados dictámenes –entre muchos otros–, el razonamiento sería el siguiente:

I) Como regla, cuando la Administración contrata a través de un procedimiento no contemplado en la legislación vigente, es decir, apartándose del procedimiento previsto para la selección del cocontratante, la contratación de que se trata estará viciada de nulidad absoluta (en los términos del artículo 14 inc. a) de la Ley N° 19.549), por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación. Dicha nulidad obsta a que el pago reclamado pueda fundarse en la contratación tal como fue realizada (Cfr. Dictámenes 251:751, entre otros).

II) No obstante la nulidad o eventual inexistencia del contrato, si tuvo lugar el efectivo cumplimiento de la prestación por parte del particular y su aceptación de conformidad por parte de la Administración, cobra relevancia el instituto del enriquecimiento sin causa, que permite hacer uso de la acción de restitución (actio in rem verso). A tales fines, deberá analizarse en cada caso si se encuentran configurados los presupuestos para proceder al pago de legítimo abono (Cfr. Dictámenes PTN 241:115, entre otros).

En este orden interpretativo, no parece dudoso afirmar que la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN habilita el pago de legítimo abono, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, solo en la medida en que se verifiquen determinados presupuestos.

Más precisamente, la viabilidad de la acción de enriquecimiento sin causa se encuentra supeditada al cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción in rem verso: 1) Enriquecimiento por parte del Estado, comprensivo de toda ventaja susceptible de apreciación pecuniaria; 2) Empobrecimiento del particular, motivado precisamente por la falta de contraprestación; 3) Relación causal entre las situaciones mencionadas en los puntos 1 y 2; esto es, correlación entre el enriquecimiento de la Administración y el empobrecimiento del particular; 4) Ausencia de causa justificante del desplazamiento patrimonial: tanto el enriquecimiento como el empobrecimiento deben aparecer desprovistos de causa que los legitime o explique jurídicamente. Es decir, se ha de verificar la inexistencia de un título válido o causa legal que justifique ese enriquecimiento a costa del empobrecimiento de la otra parte; 5) Carencia de otra acción útil -nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio (la inexistencia de otra vía legal, derivada del contrato o norma que lo regule para reparar la situación de desequilibrio es una consecuencia de la subsidiariedad de la acción) (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12 y Dictámenes PTN 241:115; 247:038; 265:105; 280:107, 285:156, entre otros).

Luego, con respecto a los conceptos que deberían pagarse a través del legítimo abono ha de tenerse presente que, pese al reconocimiento de la prestación y la solución favorable para la procedencia de su pago, el monto que se abone bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir al interesado.

En efecto, la teoría bajo análisis solo habilita el pago del enriquecimiento en la medida del empobrecimiento, es decir el costo del bien o el servicio y no el lucro, con lo cual quedará excluido del cómputo todo margen de ganancia o beneficio que se haya incluido en la factura.

La jurisprudencia administrativa de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha sido constante en este sentido, al dictaminar reiteradamente que el eventual crédito del empobrecido no puede exceder de su empobrecimiento ni tampoco del enriquecimiento del Estado, estando por tanto sometido siempre al límite menor (Cfr. Dictámenes PTN 238:9; 239:017; 247:116; 248:43; 249:37; 251:751; 280:107; 285:156, 303:131, entre muchos otros).

De tal suerte, el pago de legítimo abono exige regular el desembolso de las facturas reclamadas observando los extremos o presupuestos necesarios para la aplicación de los principios del enriquecimiento sin causa (v. IF-2017-25289113-APN-PTN).

En razón de ello, previo a disponerse el pago de suma alguna, la persona interesada deberá probar la medida del empobrecimiento como condición del derecho a repetir, debiendo presentar –a tal fin– un estudio técnico referido a su estructura de costos, que establezca únicamente la medida del empobrecimiento que ha sufrido, sin computar margen de ganancia o beneficio alguno.

**-V-**

## **CONCLUSIONES**

Las conclusiones han sido desarrolladas en el acápite IV al que corresponde remitirse en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente.

A LA

DIRECCIÓN DE COMPRAS Y CONTRATACIONES

DEL MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL

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