



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

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-22051524- -APN-DA#CNMO – COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” - CONSULTA SOBRE PAGO POR “LEGÍTIMO ABONO”.

SEÑORA DIRECTORA:

Me dirijo a usted en el marco de las actuaciones de la referencia, que ingresan para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitidas por la DIRECCIÓN TÉCNICA ADMINISTRATIVA de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

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

Así, en el orden 24, páginas 1-2, obra la Resolución de la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” N° RESOL-2019-330-APN-D#CNMO, de fecha 13 de junio de 2019, mediante la cual se autorizó el procedimiento de Licitación Pública N° 69-0002-LPU19, para la contratación de un servicio de limpieza y se aprobó –asimismo– el pliego de bases y condiciones particulares (PLIEG-2019-37940843-APN-DA#CNMO) –v. artículos 1° y 2°–.

En el orden 133, página 1, luce agregada el Acta de Apertura de Ofertas, pieza de la cual se desprende que para la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 fueron confirmadas –a través de la plataforma del Sistema Electrónico de Contrataciones “COMPR.AR”– TRES (3) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) MARTIN Y CIA S.A. (CUIT N° 30-65834400-1); 2) LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. (CUIT N° 30-69605181-6) y 3) ALPHA CYGNUS S.R.L. (CUIT N° 30-70927235-3).

En el orden 256, página 1, se anexa el Cuadro Comparativo de Ofertas (v. IF-2019-62608951-APN-DA#CNMO).

En el orden 257, páginas 1-2, se adjunta el “informe técnico de Precios Testigo - Orden de Trabajo O.T. 00342/19”, en cuyo marco la Sindicatura General de la Nación informó, respecto de la contratación de marras, un

valor de referencia mensual -en los términos y alcances establecidos en el punto I.c.2. del Anexo II de la Resolución SIGEN N° 36-E/2017- de PESOS SEIS MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE (\$6.395.977,00.-) y un valor por los DOCE (12) MESES de PESOS SETENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS VEINTICUATRO (\$76.751.724,00.-) para la presente licitación.

En el orden 270, páginas 1-2, se encuentra vinculado el Dictamen de Evaluación de Ofertas, difundido en el portal web del Sistema Electrónico "COMPR.AR" el día 21 de agosto de 2019, mientras que en el orden 272, páginas 1-2, se advierte un dictamen modificatorio, difundido el 27 de agosto de 2019, por cuyo conducto la Comisión Evaluadora recomendó: a) Desestimar a la firma MARTIN Y CIA S.A. por incumplimiento del artículo 13 del pliego de bases y condiciones particulares, cláusula 2 ítem 2.8.; b) adjudicar el contrato a la firma LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A., por la suma de PESOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS (\$89.983.200,00.-).

En el orden 284, páginas 1-3, se encuentra digitalizada la impugnación interpuesta por la firma ALPHA CYGNUS S.R.L. contra el Dictamen de Evaluación de Ofertas (v. IF-2019-89351936-APN-D#CNMO), extremó que motivó una nueva intervención de la Comisión Evaluadora en el marco del Informe N° IF-2019-87627978-APN-D#CNMO, de fecha 26 de septiembre de 2019 (v. orden 275).

En el orden 286, páginas 1-3, se encuentra agregado un proyecto de resolución individualizado como IF-2019-89376656-APN-DTA#CNMO, por el que se propicia, en cuanto aquí interesa: 1) Aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19, tendiente a lograr la contratación del servicio de limpieza por el plazo de DOCE (12) MESES; 2) Adjudicar el objeto contractual a LA MANTOVANA SERVICIOS GENERALES SRL por el importe mensual de PESOS SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS (\$7.498.600,00.-) siendo el monto total por DOCE (12) meses de PESOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS (\$89.983.200,00.-) -v. artículos 1° y 4°-.

En el orden 288, páginas 1-4, obra el Dictamen del DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la COLONIA NACIONAL "DR. MANUEL A. MONTES DE OCA" N° IF-2019-89766131-APN-DAJ#CNMO, de fecha 2 de octubre de 2019, en cuya ocasión la aludida instancia letrada efectuó -entre otras- las siguientes consideraciones: "...El precio cotizado por la proponente en orden de mérito 1 "La Mantovana", asciende a un valor total de \$ 89.983.200.00 y el correspondiente al orden de mérito 2 "Alphacynus" a \$ 97.200.000.00; el valor proporcionado como "Precio de Referencia" por la SIGEN, asciende a \$ 76.751.724.00. Tomando como parámetro el monto suministrado por la SIGEN, el precio cotizado por "La Mantovana" se encuentra por encima en un 17.24 % y el de "Alphacygnus" en un 26,64%.

Por todo lo expuesto, se recomienda que en el acto administrativo cuyo proyecto se encuentra en análisis, se proceda a efectuar consideraciones respecto de: 1. Razón de adjudicar a la oferta considerada en el orden de mérito 1, con la respectiva fundamentación de la medida a adoptar, en virtud de que su valor excede en un 17.24% al precio de referencia de la SIGEN...".

En el orden 290, páginas 1-3, se advierte incorporado un nuevo proyecto de acto de conclusión del procedimiento, tendiente a: 1) Aprobar lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19, tendiente a lograr la contratación del servicio de limpieza por el plazo de DOCE (12) MESES; 2) Adjudicar el objeto contractual a LA MANTOVANA SERVICIOS GENERALES SRL por el importe mensual de PESOS SIETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS (\$7.498.600,00.-) siendo el monto total por

DOCE (12) meses de PESOS OCHENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS (\$89.983.200,00.-) –v. artículos 1° y 4° del IF-2019-89773504-APN-DTA#CNMO).

En el orden 294, páginas 1-2, obra la Nota Reversal de la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, de fecha 15 de octubre de 2019, a través de la cual la aludida instancia puso de relieve, por una parte, que los valores cotizados por la firma LA MANTOVANA SERVICIOS GENERALES S.A. y ALPHA CYGNUS S.R.L. superan en un DIECISIETE COMA VEINTICUATRO POR CIENTO (17,24%) y en un VEITISEIS COMA SESENTA Y CUATRO POR CIENTO (26,64%) –respectivamente– los valores de referencia informados por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN).

De otra parte, la referida Dirección señaló: “...de la compulsa del Pliego de Condiciones de la presente licitación pública, surge que la dotación de La Mantovana Servicios Generales S.R.L. ascendería a 110 empleados, mientras que Alphacygnus S.R.L., prestataria actual del servicio, lo hace con una dotación de 120 empleados.

Así, el costo al que ascendería el servicio mensual de La Mantovana Servicios Generales S.R.L., sería de \$7.498.600, lo que llevaría a un valor por empleado de \$68.169 (tomando como base los 110 puestos), cuando en la actualidad se está abonando mensualmente la suma de \$7.503.826, a un valor por empleado de \$62.532, teniendo en cuenta los 10 empleados de más que brinda la empresa prestataria actual.

De lo manifestado en los dos últimos párrafos se infiere que la contratación en los términos que se plantea en la presente licitación pública resultaría más onerosa para los intereses de la Colonia, debiendo tenerse especialmente en cuenta también, las restricciones presupuestarias actuales...” (el subrayado no corresponde al original).

En atención a las consideraciones vertidas, la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” concluyó: “...esta Dirección resuelve por razones de oportunidad, mérito o conveniencia dejar sin efecto el presente procedimiento de contratación, sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes (...) y una vez notificados los interesados se llame a una nueva licitación de manera inmediata...”.

En el orden 299, páginas 1-3, luce anexado un nuevo proyecto de resolución -a ser firmado por la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”-, por el cual se proyecta, en lo sustancial, dejar sin efecto la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, conforme lo normado por el artículo 20 del Decreto Delegado N° 1023/01 (v. artículo 1° del IF-2019-93431961-APN-DTA#CNMO).

Cabe destacar, en relación con las aludidas razones, que de los considerandos de la medida en ciernes se desprende lo siguiente: “...Que, si bien la Sindicatura General de la Nación brinda valores de referencia, tanto LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. como ALPHACYGNUS SRL, cotizaron en un DIECISIETE COMA VEINTICUATRO POR CIENTO (17,24%) y en un VEINTISEIS COMA SESENTA Y CUATRO POR CIENTO (26,64%) por encima del informado; Que por otra parte de la compulsa del Pliego de Condiciones de la presente licitación pública, surge que la dotación de LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. ascendería a 110 empleados, mientras que ALPHACYGNUS SRL, prestataria actual del servicio, lo hace con una dotación de 120 empleados.

Que, el costo al que ascendería el servicio mensual de LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A., sería de \$7.498.600, lo que llevaría a un valor por empleado de \$68.169 (tomando como base los 110 puestos), cuando en la actualidad se está abonando mensualmente la suma de \$7.503.826, a un valor por empleado de

\$62.532, teniendo en cuenta los 10 empleados de más que brinda la empresa prestataria actual.

Que de lo manifestado en los dos últimos considerandos se infiere que la contratación, en los términos que se plantea en la presente licitación pública, resultaría más onerosa para los intereses de la Colonia, debiendo tenerse especialmente en cuenta también, las restricciones presupuestarias actuales.

Que, en atención a lo precedentemente expuesto, y de conformidad con lo establecido por el artículo 20 del Decreto 1023/2001, esta Dirección resuelve dejar sin efecto el presente procedimiento de contratación, sin lugar a indemnización alguna a favor de los interesados u oferentes, por razones de oportunidad, mérito y conveniencia...” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 301, páginas 1-3, tomó nuevamente intervención el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, mediante Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO, de fecha 28 de octubre de 2019, oportunidad en la cual emitió la opinión legal de su competencia en el siguiente sentido: “...Mediante el proyecto de acto administrativo Nro. IF-2019-93431961-APN-DTA#CNMO, se propicia dejar sin efecto el llamado a la licitación pública por razones de oportunidad, mérito y conveniencia. Dicha fundamentación se basa primordialmente, en que el servicio que actualmente está siendo afrontado mediante la modalidad de reconocimiento del gasto por la firma ALPHACYGNUS, con una dotación de 120 empleados, resultaría más conveniente que adjudicar el precio cotizado por la firma LA MANTOVANA, que formuló su propuesta ajustada a las 110 personas conforme las especificaciones del llamado; tal decisión implicaría que el servicio continúe siendo prestado mediante mecanismo de excepción, dejando sin efecto un procedimiento previsto por la legislación vigente.

En tal inteligencia, encontrándose en pleno proceso de adjudicación la Licitación Pública 02/19, intervención mediante, de los órganos competentes en cada una de las etapas y, contando con dos ofertas válidas, consideradas en órdenes de mérito 1 y 2 por la Comisión Evaluadora, no se aprecia fundamento legal alguno para apartarse del ordenamiento jurídico.” (el subrayado no corresponde al original).

A mayor abundamiento, añadió: “...*Introducir en un proceso licitatorio ajustado a Derecho, cuestiones que a modo de comparación se originan en un trámite de excepción, implicaría violar los principios básicos fundamentales de toda contratación pública, previstos por el Artículo 3° del Decreto Nro. 1023/2001, como así también la posible vulneración de intereses legítimos o derechos subjetivos de los interesados (...).*

En dicho orden de ideas son concordantes y concluyentes las sucesivas recomendaciones efectuadas por la Sindicatura General de la Nación en el sentido de regularizar las contrataciones de servicio que se encuentren bajo la modalidad de reconocimiento del gasto, mediante la instrumentación de los procesos licitatorios correspondientes.

-En cuanto a la toma de decisión mediante la cual se propende dejar sin efecto el llamado a Licitación Pública, debe tenerse consideración lo establecido por la Ley 25188 de ETICA EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION PUBLICA que en la parte pertinente de su CAPITULO II establece:”... Deberes y pautas de comportamiento ético: ARTICULO 2° — Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético: a) Cumplir y hacer cumplir estrictamente Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno; e) Fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan; h) Observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad,

conurrencia y razonabilidad...” (el subrayado no corresponde al original).

En esa línea argumental, el servicio permanente de asesoramiento jurídico de la entidad de origen recomendó enfáticamente: “...no proceder a la suscripción del Acto Administrativo en análisis, ya que obrar en consecuencia implicaría apartarse del régimen legal vigente en materia de contrataciones por cuenta del Estado previsto por el Decreto Nro.1023/2001, su reglamentario 1030/2016 y normas modificatorias y complementarias (...)

Cabe destacar que el criterio vertido por este Departamento reviste, para esa máxima autoridad, el carácter de no vinculante (...).

De considerarlo pertinente, esa Superioridad se encuentra facultada a solicitar asesoramiento a la Oficina Nacional de Contrataciones por ser el órgano rector en la materia...” (el subrayado corresponde al original) (v. IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO).

Finalmente, en el orden 305 luce vinculado el Informe N° IF-2019-97322682-APN-DTA#CNMO, de fecha 29 de octubre de 2019, mediante el cual la DIRECCIÓN TÉCNICA ADMINISTRATIVA de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” remitió las actuaciones a esta Oficina Nacional.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES para que emita opinión en el marco de la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, con motivo de las conclusiones a las que arribara el servicio permanente de asesoramiento jurídico de esa entidad en el Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO, cuyos principales pasajes han sido transcritos en el Acápito I del presente.

-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.

En primer término 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 COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” es un organismo descentralizado actuante en la órbita de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN DE SERVICIOS E INSTITUTOS, dependiente de la SECRETARÍA DE REGULACIÓN Y GESTIÓN SANITARIA de la SECRETARÍA DE GOBIERNO DE SALUD del MINISTERIO DE SALUD Y DESARROLLO SOCIAL, razón por la cual 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 contratación de un servicio de limpieza integral hospitalaria y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que aplica 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 cuanto a la reglamentación aplicable, cabe señalar que en la medida en que la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 fue autorizada mediante Resolución de la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” N° RESOL-2019-330-APN-D#CNMO, de fecha 13 de junio de 2019, resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, junto con sus modificatorias y normas complementarias.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

a) Alcances de la presente intervención.

A título introductorio, merece recordarse que 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, IF-2016-02153221-APNONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APN-ONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM e IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

Por consiguiente, la opinión que ha de brindarse en esta ocasión 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.

Téngase presente, al respecto, que 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 (Cfr. Dictámenes ONC N° 896/12, N° 1006/12, 74/14 y 453/14, entre otros).

b) Hechos relevantes.

Aclarado lo anterior y a efectos de una mejor comprensión de la problemática traída a estudio, se estima conveniente hacer hincapié en los extremos fácticos que se expondrán a continuación.

Pues bien, según surge de los antecedentes reseñados en el Acápite I, la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” propicia dejar sin efecto el llamado a la Licitación Pública N° 69-0002-LPU19 por razones de conveniencia económica, bajo el entendimiento de que la eventual adjudicación y perfeccionamiento del contrato con la firma LA MANTOVANA SERVICIOS GENERALES S.A. -en tanto oferta más conveniente en el contexto del procedimiento licitatorio- resultaría más onerosa para los intereses de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA que el prestador actual.

Ello así, en tanto que el servicio de limpieza integral hospitalaria, tal como lo estaría prestando la firma ALPHA CYGNUS S.R.L., resultaría ser más económico para el organismo, con la nota particular de el mismo afronta el costo de dicho servicio -según se explicó- mediante la modalidad conocida como “reconocimiento de gastos” o “legítimo abono” en favor de la firma aludida.

En esa inteligencia resulta posible afirmar que –en el caso concreto– la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” estima más conveniente para ese organismo, desde el punto de vista presupuestario, dejar sin efecto el procedimiento en trámite -que se encontraría en condiciones de ser adjudicado-, y continuar retribuyendo las prestaciones a cargo de ALPHA CYGNUS S.R.L. por la vía del “legítimo abono”, hasta tanto se llame a una nueva licitación que permita, a la postre, formalizar un nuevo contrato (v. NO-2019-92918973-APN-D#CNMO).

Huelga aclarar que la decisión referida implicará, en los hechos, que el servicio continúe siendo prestado irregularmente por tiempo indeterminado y abonado mediante el trámite de “reconocimiento de gastos”.

c) Reconocimiento de gastos o “pago de legítimo abono”. Características y alcances.

Sabido es que el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional –instituido por el Decreto Delegado N° 1023/01– y su reglamentación, junto con las diversas normas modificatorias y complementarias, regulan los procedimientos de contrataciones a los cuales las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8° de la Ley N° 24.156 deben ceñirse para efectuar la compra de bienes y/o contratar servicios.

Al respecto, esta Oficina tiene dicho que: “...*la Administración Pública Nacional en materia de adquisición o contratación de bienes y servicios se encuentra obligada a sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto N° 1023/01, con los alcances que este decreto establece, por cuanto entre los varios fines públicos comprometidos, se encuentra el de administrar y gestionar de manera transparente el patrimonio público...*” (v. Dictámenes ONC Nros. 887/12 y 888/12).

Resulta una verdad de Perogrullo que, cuando la Administración contrata, lo hace utilizando recursos públicos, por lo que el ordenamiento jurídico exige al funcionario competente tomar los recaudos necesarios para que el interés general que representa quede lo suficientemente garantizado.

En ese orden de ideas, un buen planeamiento, una buena administración y logística posibilita –en términos generales– que las diversas jurisdicciones y entidades se abastezcan de los bienes y/o obtengan los servicios que requieran en tiempo oportuno.

Por otra parte, el artículo 24 del Decreto Delegado N° 1023/01 establece que la selección del cocontratante para la ejecución de los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación deberá hacerse, por regla general, mediante licitación pública o concurso público, según corresponda, sin perjuicio de la existencia de diversas causales de contratación directa que resultarán de aplicación en los casos taxativamente previstos en el artículo 25, inciso d) del mencionado cuerpo normativo.

En sentido concordante, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN puso de resalto que: “*El requisito previo de la licitación en los contratos públicos tiene fundamento en razones elementales de conveniencia y ética administrativa, por lo que la interpretación de las excepciones a ese requisito debe ser estricta y considerarse limitada a los fines perseguidos por la ley al establecer aquella exigencia con carácter general...*” (Dictámenes PTN 89:260; 235:446).

No debe perderse de vista que de no respetarse los procedimientos de selección establecidos por la normativa de contrataciones, no sólo se afectará la transparencia en el manejo de fondos públicos, sino que además, al no propiciar la concurrencia y competencia de todos los posibles interesados en presentar ofertas, en pie de igualdad, la Administración se verá imposibilitada de verificar si la opción que elija es la más conveniente, en términos de precio, calidad, idoneidad del proveedor, etc; todo lo cual repercutirá negativamente en el interés público comprometido.

Por consiguiente, cuando la Administración –ya sea central o descentralizada– se aparta de los procedimientos establecidos para la selección de su cocontratante y adquiere bienes o contrata servicios sin seguir la normativa aplicable, nos encontramos ante supuestos no regidos por la norma y, por tanto, pasibles de la sanción de nulidad o considerados, incluso, inexistentes (Cfr. Dictámenes PTN 238:9; 241:115; 247:116; 248:43; 251:751; 285:156, entre otros.).

Tal es la importancia del cumplimiento de las formas –procedimientos esenciales– en materia de contratos administrativos, que la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha consolidado una copiosa jurisprudencia –seguida por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN– en el sentido de que la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes, en cuanto a la forma y procedimiento de contratación (cfr. Fallos CSJN: 308:618; 311:2831; 316:382; 323:1515, 1518, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84 y 329:809).

Más aún, el más encumbrado Tribunal de la Nación llegó a afirmar categóricamente en numerosos precedentes que la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada a la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. De ahí que, cuando la legislación aplicable determina una forma específica para la conclusión de un contrato, dicha forma debe ser respetada, pues se trata de un requisito esencial de su existencia (Fallos CSJN: 179:246; 310:2278; 311:2831; 323:1515, 1841 y 3924; 324:3019; 326:1280 y 3206; 327:84 y 329:809 y Dictámenes PTN 303:131, entre otros).

Con relación a esto último, autorizada doctrina ha observado que: *“La declaración de inexistencia del contrato y la consecuente inexistencia de derechos que pudieran pretenderse con base en él cuando se han vulnerado los procedimientos esenciales de la contratación ejerce un claro efecto disuasivo para la comisión de maniobras irregulares, pues ningún contratista querrá verse expuesto al futuro desconocimiento judicial de sus derechos una vez cumplida la prestación.”* (CANDA, Fabián O.; *La importancia del elemento forma en el contrato administrativo (Consecuencias de su omisión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)* en Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2007, p. 51.).

La primera conclusión a la que corresponde arribar, en esta línea de pensamiento, es la siguiente: en las situaciones en que no existe un contrato que vincule a las partes o bien cuando aquél ha sido irregularmente celebrado –usualmente por no haberse respetado el procedimiento de selección del contratista estipulado obligatoriamente por las normas–, nos encontramos, como mínimo, ante la nulidad de la contratación y en principio no corresponde que sea abonada suma alguna a quien proveyó los bienes o servicios, puesto que no existe, precisamente, contrato válido que respalde el pago de los bienes o servicios prestados.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, no es posible soslayar la existencia de circunstancias en las cuales la Administración resulta beneficiaria de bienes o usufructúa servicios, habiéndose omitido o encontrándose gravemente viciado el procedimiento de selección que hubiese correspondido efectuar de acuerdo al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública aprobado por el Decreto N° 1023/01.

Desde esa atalaya, 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 y 888/12). 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.

Va de suyo que, frente a dicho escenario, la ausencia de un procedimiento regular de contratación obsta a que se apliquen al caso normas de carácter contractual. El contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo –o inexistente– por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quien prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo (Cfr. Dictámenes PTN 241:115; 247:116; 249:86 y 679; 265:105).

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.

Habiendo llegado a este punto, corresponde señalar en cuanto al caso concreto sometido a su consideración, que esta Oficina Nacional comparte los fundamentos y la conclusión a las que ha arribado el DEPARTAMENTO DE ASUNTOS JURÍDICOS de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”, en el marco del Dictamen N° IF-2019-96741924-APN-DAJ#CNMO, de fecha 28 de octubre de 2019, a cuyos términos corresponde remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Ello así, en el entendimiento de que la medida propiciada por la DIRECCIÓN de la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA” implicaría apartarse del régimen legal vigente; el que como ya fuera dicho, impone a las jurisdicciones y entidades de la Administración Pública Nacional la obligación de sujetar su accionar a las disposiciones contenidas en el Régimen de Contrataciones Públicas aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 y su Reglamento aprobado mediante el Decreto N° 1030/16, junto con sus normas modificatorias y complementarias.

En efecto, como acertadamente sostuviera el servicio jurídico preopinante: “...encontrándose en pleno proceso de adjudicación la Licitación Pública 02/19, intervención mediante, de los órganos competentes en cada una de las etapas y, contando con dos ofertas válidas, consideradas en órdenes de mérito 1 y 2 por la Comisión Evaluadora, no se aprecia fundamento legal alguno para apartarse del ordenamiento jurídico.”.

Máxime cuando no parece razonable juzgar la inconveniencia económica de una futura contratación fruto de un procedimiento licitatorio ajustado a Derecho, en comparación con un mecanismo no contemplado en el plexo normativo vigente y que presupone una irregularidad administrativa (v. Dictamen ONC N° 55/04) susceptible de vulnerar los principios generales que informan las contrataciones públicas (v.g. igualdad, competencia, concurrencia, publicidad, transparencia, etc), como así también transgredir los intereses legítimos de los potenciales interesados en participar en un procedimiento de selección competitivo para proveer a la COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”.

Por último y para el hipotético caso en que se continúe con la práctica del legítimo abono, deberá tenerse presente que el monto que se abone a ALPHA CYGNUS S.R.L. por las prestaciones que sean reconocidas al amparo de la figura del enriquecimiento sin causa –como ya fuera dicho– no podrá comprender lucro ni ganancia alguna, sino que el eventual crédito no podrá exceder del empobrecimiento que pruebe dicha firma ni tampoco del enriquecimiento del organismo de origen, estando por tanto sometido siempre al límite menor. Asimismo, deberán iniciarse las acciones sumariales pertinentes a los funcionarios responsables, a fin de investigar los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger en razón de no haberse observado las normas propias de las contrataciones del Estado, tal como reiteradamente lo sostuvo la Procuración del Tesoro de la Nación, más aún considerando que en el presente caso la firma que brinda el servicio mediante legítimo abono se presentó en el proceso de selección que se presente fracasar y no resultó ser la primera en orden de mérito.

-V-

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido desarrolladas *in extenso* en el Acápite IV del presente pronunciamiento, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente.

FMS

A LA

DIRECTORA TÉCNICA ADMINISTRATIVA

DE LA COLONIA NACIONAL “DR. MANUEL A. MONTES DE OCA”

C.P.N. Liliana MONTEQUIN

S. _____ / _____ D.

