

Expte. N° 13-06706169-6, “Unión Transitoria
de Empresas Procon SRL- CEOSA c/
Gobierno de Mendoza s/ A.P.A.”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La actora solicita a V.E. la nulidad de la Resolución N° 384 de fecha 03 de julio de 2019 que rechaza el recurso de revocatoria interpuesto contra la Resolución N° 135, ambas emanadas del Ministro de Economía, Infraestructura y Energía de Mendoza, en cuanto no hace lugar al reclamo relacionado con el cálculo efectuado sobre el rubro “Modificaciones de Precios” y pide la determinación de los descuentos indebidos con los intereses de la Ley N° 9041 a partir de su certificación.

Explica que ha habido un error en el descuento del Anticipo Financiero que ha sido doblemente descontado y que comenzara con el certificado de Obra y Modificaciones N° 4.

Alega que la Resolución N° 384 del Ministro de Economía Infraestructura y Energía de Mendoza se encuentra erróneamente notificada, pues carece de los requisitos del art. 150 de la L.P.A. (vicio de forma) y se encuentra erróneamente motivada pues se funda en un dictamen de Contaduría General de la Provincia, que contradice los dictámenes previos técnicos y jurídicos de la Subdirección de Licitaciones, Contratos y Certificaciones del Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía y del Asesor letrado y Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Economía y de la Dirección de Asuntos Administrativos de la Fiscalía de Estado, que consideran que existe un error en la forma de descontar la redeterminación del Anticipo Financiero, todos ratificados ante el dictamen contrario de la Contaduría General de la Provincia.

Sostiene que la Contaduría señaló que no existía doble descuento sobre la variación de precios sino una errónea interpretación del Pliego de Bases y Condiciones, porque se había utilizado la equiparación del Anticipo Financiero con el acopio.

Describe lo actuado en expediente

administrativo N° 3986-D-2015-30093.

Destaca las distintas interpretaciones relativas al régimen de deducción del anticipo financiero, entendiendo la empresa que se ha interpretado erróneamente el art. 8-15 PBCG ya que se efectuó un doble descuento, por un lado el 30.1063146 sobre la medición de la obra básica y luego ese monto era modificado por el índice de precios; obtenido un resultado al pie del certificado se volvía a descontar sobre ese monto el porcentaje del 30.1063146, siendo que el porcentaje era el del 25 % de acuerdo al PBCG.

Indica que la Contaduría General de la Provincia y Asesoría de Gobierno desconociendo la ratificación de la Subdirección de contratos, de la Fiscalía de Estado, señala que al Contratista se le liquidan variaciones de precios por un monto anticipado que si bien se descuentan al pie del certificado sobre el Anticipo Financiero en la obra pura y en las variaciones de precio, se realiza a valor nominal y se paga a valor actualizado; si la administración adelanta dinero no debe pagarle al contratista variaciones de precios sobre montos anticipados.

II- En sus responde de fs. 37/48 el Gobierno de la Provincia de Mendoza solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Relata que la actora resultó adjudicataria de la obra “Construcción de Estadio Cubierto y Espacios Exteriores de la Villa Deportiva Provincial”, percibió un Adelanto Financiero, el cual sería reintegrado mediante descuentos a realizar de los certificados de obra, hasta cubrir el 100 %; tales descuentos serían efectuados sobre los certificados de Obra Básica y sobre los certificados de Variaciones de Precios (Art. 8-15 Pliego de Bases y Condiciones Generales).

Señala que luego de algunos inconvenientes con la metodología de descuento correspondiente a los Certificados N° 1,2 Y 3 se regulariza la situación y a partir del certificado N° 4 comienza a efectuarse el descuento del Adelanto Financiero, en concepto de devolución del mismo.

Indica que al efectuarse los descuentos, la actora consideró que eran incorrectos pues a su entender se producía un doble descuento y ese reclamo dio lugar al expediente N° 3986-D-2015, en el cual se

produjeron distintos dictámenes, algunos de los cuales consideraban que asistía razón a la UTE, pero Contaduría General de la Provincia consideró que la aplicación de los índices de variaciones de precio sobre el 75 % del valor de la obra era correcto y por ende la redeterminación debía efectuarse únicamente sobre el 75 % del valor de las obras certificadas y sobre ese valor (ya actualizado, aplicar el 25 % para recuperar el Adelanto oportunamente otorgado, dictaminando en igual sentido Asesoría de Gobierno.

Consecuente con lo anterior el Ministro de Economía, Infraestructura y Energía rechazó el reclamo por Resolución N° 135/18, la que fuera recurrida dando lugar a la Resolución N° 135/18 que confirma la anterior y que fuera debidamente notificada a la actora en su domicilio procesal constituido, contra la cual interpuso denuncia de ilegitimidad, la cual no fue resuelta.

Aduce que al no existir resolución expresa estamos frente a un supuesto de falta de acción, dado que los actores carecen de derecho de promover la presente acción, por no contar con el requisito previo que es la existencia de un acto administrativo que dé trámite y se expida sobre la procedencia formal y/o sustancial de la denuncia de ilegitimidad, único supuesto en el cual este Tribunal puede abordar el tema y revisar lo decidido en la instancia administrativa y considera que las decisiones atacadas se encuentran firmes y consentidas.

En lo sustancial postula la inexistencia de doble descuento; entiende que una cosa es aplicar variaciones de precios sobre importes que fueron entregados en su oportunidad y otra es descontar dinero del certificado para concretar la devolución del Anticipo anteriormente entregado.

Destaca que la terminología de la actora llama a confusión, al denunciar doble descuento, cuando en realidad se trata de dos operaciones distintas, que obedecen a fundamentos diferentes.

Transcribe las razones puntualizadas en el Dictamen N° 223/17 al que adjunta como parte integrante de la contestación.

En subsidio, y para el caso que se resuelva hacer lugar a la demanda, solicita que los eventuales efectos de la sentencia se retrotraigan a la fecha de interposición de la denuncia de ilegitimidad y no a la fecha del reclamo original. Cita en apoyo el fallo “Ciancio de Rodriguez Saa

Rosa Mará c/ Osep p/ A.P.A.”, Autos N° 13-02123116-3

IV- A fs. 51/52 se hace parte Fiscalía de Estado y manifiesta que la Dirección de Asuntos Administrativos de esa Fiscalía ha intervenido en el procedimiento administrativo seguido en los expedientes denunciados, mediante el dictado de los dictámenes N° 578/16 y 138/16 obrantes a fs. 315-317 y fs. 318-319 del expediente N° 3986-D-15-30098 y por tal razón adhiere al criterio seguido en los mismos en cuanto a que se habría incurrido en un error en la aplicación de la metodología prevista en el art. 8-15 incisos a) y b) del Pliego de Bases y Condiciones Generales, para el “descuento de Anticipo Financiero” en los Certificados de Obra, por lo que resultaría procedente la devolución de las sumas mal calculadas siempre que existan partidas disponibles.

VI- Conforme ha quedado trabada la Litis, corresponde en primer lugar abordar el planteo de falta de acción efectuado por la demandada directa, esto es el Gobierno de la Provincia de Mendoza, quien sostiene que los actores carecen de derecho de promover la presente acción, por no existir un acto administrativo que se expida sobre la procedencia formal y/o sustancial de la denuncia de ilegitimidad, único supuesto en el cual este Tribunal puede abordar el tema y revisar lo decidido en la instancia administrativa y considera que las decisiones atacadas se encuentran firmes y consentidas.

En punto a la revisión judicial frente al rechazo de la denuncia, se ha sostenido que la Ley N° 9003 no regula sobre la posibilidad de impugnar judicialmente el acto que rechaza- formal y/o sustancialmente la denuncia de ilegitimidad, ni tampoco hace mención al alcance del control judicial, ya que tales asuntos exceden su ámbito de aplicación; no obstante es dable tener en cuenta que el art. 162 referido al silencio de la administración sí contiene previsiones que exceden al procedimiento, particularmente en cuanto regula que si el afectado opta por demandar judicialmente por denegatoria tácita, cabe a la Administración demandada solicitar la suspensión del juicio, haciendo saber al tribunal los motivos por los cuales no se resolvió en término “el reclamo, denuncia de ilegitimidad o recurso”, lo cual supone que estaría habilitada la revisión judicial del silencio de la administración (cuando se configure la denegatoria

tácita) frente a una denuncia de ilegitimidad (cfr. GARAY Dalmiro (Director) “Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Mendoza, Comentada y Concordada, Editorial ASC, Año 2023, pág. 1186/1188.

Por su parte la actora sostiene que al no estar debidamente notificada la resolución N° 384/19, la administración no puede invocar la excepción del art. 173 inc. II y se mantendría el derecho a recurrir y agotar la vía.

Tal argumentación a criterio de este Ministerio Público Fiscal resulta atendible conforme lo establecido por el art. 150 de la Ley N° 9003, el cual determina que *“Las notificaciones ordenadas en actuaciones administrativas deberán contener (...), indicando también su caso, los recursos que se puedan interponer contra el acto, así como el plazo dentro del cual deben articularse los mismos. Si el acto agota la instancia administrativa deberá indicarse la acción y plazo disponible para su impugnación en sede judicial. La omisión o error en que se pudiere incurrir al efectuar tales indicaciones no perjudicarán al afectado, ni permitirá darle por decaído su derecho, salvo lo dispuesto en materia de prescripción”*.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las particularidades del caso (denegatoria tácita de una denuncia de ilegitimidad); que en la presente acción resultan objeto de cuestionamiento además del fondo, cuestiones formales (irregular notificación del acto cuestionado); lo afirmado en doctrina citada (que se comparte), este Ministerio Público Fiscal entiende que no corresponde hacer lugar a la defensa de falta de acción planteada.

VII- En lo sustancial analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio Público Fiscal entiende que corresponde rechazar la acción intentada, en atención a las siguientes consideraciones.

i- Los actos administrativos que se pretenden impugnar se ajustan a derecho, no se avizoran voluntaristas, ni adolecen de vicios sino que resultan adecuados a los hechos comprobados y se encuentran debidamente fundados, por lo que no hay actuar ilegítimo por parte de la Administración quien hizo estricta aplicación de las normas del Pliego de Bases

y Condiciones Generales, que es la Ley del contrato, a la cual voluntariamente se ha sometido el oferente al perfeccionarse el contrato y debe cumplirla.

V.E tiene dicho en los autos N° 78.497, caratulados: "Fiat Auto Argentina S.A. c/ Prov. de Mendoza s/ A.P.A.", del 11/07/08, con voto preopinante del Sr. Ministro Dr. Alejandro Perez Hualde que: *"Los pliegos de bases y condiciones constituyen el conjunto de cláusulas redactado por la Administración en las que se especifica el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las particularidades del futuro contrato y determinando el trámite a seguir hasta su culminación (LS 280-99), los mismos deben ser interpretados conforme a los principios generales que informan la licitación pública, sin que las circunstancias particulares pudiesen modificar los presupuestos o requisitos de la presentación, ya que en esos casos la confección del pliego sería un acto inútil y resultaría muy difícil impedir la violación del principio de transparencia e igualdad de oferentes (L.S. 324-24)."* *"Son inadmisibles y merecen la sanción de nulidad absoluta, los vínculos contractuales que se negocien con el adjudicatario sobre bases no sustentables en el pliego original, en tanto ellos implican violar la igualdad debida a los restantes oferentes e, incluso, a los autoexcluidos con sustento en aquellas condiciones..."* (COMADIRA, Julio Rodolfo en "La licitación Pública-Nociones-Principios -Cuestiones", Lexis-Nexis, Bs.As., 2006, p. 87).

El art. 8.15 del Pliego de Bases y Condiciones Generales, que determina el régimen para el Anticipo Financiero, establece en lo pertinente, que la Administración pondrá a disposición un Anticipo Financiero dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de iniciado los trabajos equivalente a un porcentual del monto del contrato establecido en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, porcentual que se calculará sobre el monto actualizado.

A los efectos del otorgamiento del anticipo, se entenderá por monto actualizado del contrato el que resulte de aplicar al monto básico del mismo, la variación de precios que resulte de la aplicación de las formulas polinómicas del Pliego en base a la última planilla de precios que tenga aprobada el Ministerio de Infraestructura y Energía a la fecha en que se deba efectuar la certificación del anticipo. Si resultara que el mes de certificación de Anticipo Financiero fuera el mismo que el de la Oferta, dicho certificado no llevará actualización por variaciones de precios.

El Anticipo Financiero se conforma por dos componentes: 1. Anticipo Financiero Básico: Surge de multiplicar el porcentual determinado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, por el monto del contrato de obra sin actualizar. 2. Anticipo Financiero por Variaciones de Precios: Surge de multiplicar el porcentual determinado en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, por el monto resultante de la diferencia entre el contrato básico y el actualizado.

El Anticipo otorgado se deducirá de la siguiente manera:

a.- El primer componente se deducirá en el porcentual del anticipo del total de cada certificado de obra básica ejecutada en el período de que se trate, hasta completar el ciento por ciento (100 %) del anticipo otorgado. b.- El segundo componente se deducirá en el porcentual del anticipo, del total de cada certificado de variaciones de precios provisorios y/o definitivos, hasta completar el ciento por ciento 100 % del anticipo otorgado.

ii- En su informe Contaduría General de la Provincia, que es el órgano constitucional que tiene a su cargo el control preventivo interno de la Administración Central (art. 138, 139 y conc. de la Constitución Provincial) y es la Unidad Rectora Central del Sistema de Contabilidad de la Administración Provincial (art. 78 de la Ley 5806 de Administración Financiera), afirma que la norma es clara en su redacción y explica que no existe un doble descuento sobre ítems idéntico, sino que el Adelanto Financiero es aplicado sobre cada ítem en forma aislada conforme a lo dispuesto por los Pliegos de Bases y Condiciones (cfr. fs. 329/330 del expte. N° 3986-D-2015-30093).

El porcentual de descuento correspondiente a Adelanto Financiero de Obra Básica es aplicado sobre el importe correspondiente a Ejecución Parcial de la obra, mientras que el descuento correspondiente a Adelanto Financiero de Variaciones de Precios de la Obra Básica ejecutada, y no sobre el total de Obra Básica más Variaciones de Precios.

Tal opinión técnica especializada es concordante con la opinión de Asesoría de Gobierno- que es quien ejerce la Jefatura funcional sobre el Cuerpo de Abogados del Estado (Decreto N° 1784/96, B.O. 25/11/96), y tiene como función establecer la interpretación jurídica

uniforme sobre todo asunto de relevancia jurídica y económica-, vertida en Dictamen N° 223/17 y 76/21, en el cual expresa que las variaciones de precios se calculan únicamente sobre el 75 % del certificado de Obra y no sobre el 100 % como pretende la denunciante.

Expresa que en relación a los descuentos por Adelanto Financiero, esto es, si sólo se realiza descuento sobre Certificado de Obra Básica o si también sobre el Certificado de Variaciones de Precios, se trata de una cuestión de interpretación de pliegos, resultando claro que en ambos casos, certificado de obra básica y certificado por variaciones de precios, se deduce el porcentual de anticipo del importe que arroja el certificado. No existe razón entonces para discriminar y deducir de distinta manera respecto de cada uno de esos certificados, siendo que el texto no formula distinción (“ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus”), máxima reiteradamente sostenida por la Procuración del Tesoro de la Nación y por la Corte de la Nación, según la cual no cabe al intérprete hacer decir a la ley lo que la ley no dice ni obtener conclusiones diversas a las que consagra, en virtud de las valoraciones subjetivas, por respetables que sean /v. Dictámenes 226:26, 229:1, 268:287). En definitiva y más allá de la conveniencia o no de la metodología implementada en cuanto al momento en que se opera la restitución del 100 % del citado Adelanto, ese fue el sistema implementado por los Pliegos, y el que tuvo en consideración la denunciante al momento de ofertar, consintiendo la misma, por lo que no cabe ahora, en base a interpretaciones forzadas, pretender obtener un rédito económico superior al que surge de la estricta aplicación de los Pliegos de Condiciones que rigen la contratación. A ello corresponde agregar, en refuerzo de tal tesitura, que conforme informe de Contaduría General de la Provincia agregado a fs. 329/330 de expediente N° 3986-D-2015, el método de descuento del Adelanto Financiero fue consensuado con las Cámaras de la Construcción, siendo aprobado por el Consejo de Obras Públicas.

iii- Se advierte la complejidad del tema y las distintas opiniones vertidas en el expediente y pese a los esfuerzos de la actora, las razones que invoca no resultan suficientes para nulificar los actos impugnados.

Consecuente con lo anterior, en lo que hace a

la procedencia de la pretensión, esto es el reintegro de las sumas descontadas por error del Anticipo Financiero, conforme las opiniones transcritas de los órganos constitucionales especializados de Control de la Administración Central, este Ministerio Público Fiscal entiende que no corresponde hacer lugar a la demanda.

Despacho, 21 de abril de 2023.