



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina

RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL N° 405



"2012 en Memoria a los Héroes de Malvinas"

Ushuaia, 28 DIC 2012

VISTO:

El Expediente del registro de la Gobernación de la provincia N° 2603, Letra MO, año 2012, caratulado "S/AMPLIACION DE OBRA MEJORAMIENTO DE BARRIO FELIPE VARELA – USHUAIA – INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y OBRAS DE MITIGACION – ETAPA 1 LICITACION PUBLICA PROVINCIAL N° 23/09" y

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones *ut supra* citadas fueron remitidas a este Tribunal de Cuentas en consulta, en el marco de la competencia legalmente atribuida por el artículo 2°, inciso j) de la Ley provincial N° 50.

Que la señora Ministro de Infraestructura, Obras y Servicios Públicos, Dra. Gabriela MUÑIZ SICCARDI, remitió las actuaciones a este Órgano de Control, con un proyecto de convenio de ampliación del contrato original y solicitó un análisis particular en relación con la aplicación del Decreto provincial N° 73/03, ya que desde ese Ministerio se entiende que al no haber existido la posibilidad de certificar trabajos ejecutados en demasía con relación a los previstos en el contrato original, éstos no pudieron ser abonados en tiempo y forma, por cuanto les resultaría de aplicación la redeterminación de precios correspondiente, en coincidencia con lo expresado en el Informe N° 72/12, obrante a fojas 81.

Que también estimó que el convenio puesto en consideración, resulta ventajoso para el Estado, además del carácter social que reviste la obra, porque la empresa contratista ha desistido de formular reclamos por mayores costos, gastos improductivos e indemnizaciones e, incluso, el derecho de rescisión del contrato que le pudiera corresponder, derivados de la suspensión del plazo de obra.

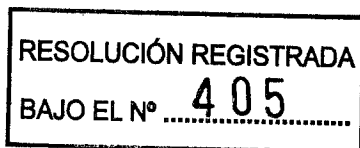
Que la Secretaría Legal de este Órgano de Control, tomó intervención mediante el Informe Legal N° 380/2012, Letra T.C.P. - S.L. que se adjunta y forma parte de la presente.

Que los Miembros de este Tribunal de Cuentas comparten en su totalidad el criterio volcado en el citado Informe, por lo que corresponde su aprobación y, en

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2012 en Memoria a los Héroes de Malvinas"

virtud de razones de brevedad, se hacen propios sus términos con remisión a sus respectivas conclusiones.

Que en virtud de la feria administrativa dispuesta por la Resolución Plenaria N° 292/2012 -vigente hasta el 31 de enero de 2013- procede su habilitación a los efectos de la emisión de este acto administrativo, atento a la importancia de la cuestión traída a conocimiento del Tribunal.

Que este Cuerpo Plenario resulta competente para el dictado del presente acto administrativo, de conformidad con lo previsto por los artículos 1°; 2 inciso j); 26 de la Ley provincial N° 50.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS RESUELVE

ARTÍCULO 1°: Habilitar la feria administrativa dispuesta por la Resolución Plenaria N° 292/2012 -vigente hasta el 31 de enero de 2013- para la emisión del presente acto administrativo, por los motivos expuestos en los considerandos.

ARTÍCULO 2°: Aprobar el Informe Legal N° 380/2012, Letra T.C.P. - S.L., el cual se comparte plenamente y forma parte de la presente.

ARTÍCULO 3°: Notificar por cédula a la señora Ministro de Infraestructura, Obras y Servicios Públicos, Dra. Gabriela MUÑIZ SICCARDI, mediante la remisión del Expediente del registro de la Gobernación de la provincia N° 2603, Letra MO, año 2012, caratulado "*S/AMPLIACION DE OBRA MEJORAMIENTO DE BARRIO FELIPE VARELA – USHUAIA – INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y OBRAS DE MITIGACION – ETAPA 1 LICITACION PUBLICA PROVINCIAL N° 23/09*".

ARTÍCULO 4°: Notificar en la sede de este Órgano de Control a la Secretaría Contable y a la Secretaría Legal.

ARTÍCULO 5°: Comunicar y publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 405/2012.

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
Tribunal de Cuentas de la Provincia

CPN Hugo Sebastián PANI
Vocal de Auditoría
Tribunal de Cuentas de la Provincia

CPN Luis Alberto CABALLERO
VOCAL CONTADOR
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

Resolución o Acuerdo Plenario N°.....405/2012.....

Fecha de Publicación (B.O.):.....04/02/2013.....

Boletín Oficial N°.....3127..... Año.....XXII.....

Ushuaia,17/04/2013.....

[Faint, illegible text at the bottom of the page]



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

Informe Legal N° 380/2012

Letra T.C.P. - S.L.

Cde.: Expte. N° 2603 Letra MO, año 2012

Ushuaia, 26 DIC. 2012

SEÑOR VOCAL CONTADOR
EN EJERCICIO DE LA PRESIDENCIA
C.P.N. LUIS ALBERTO CABALLERO

Viene a esta Secretaría Legal el expediente del corresponde, perteneciente al Registro de la Gobernación de la provincia, caratulado: "S/AMPLIACION DE OBRA MEJORAMIENTO DE BARRIO FELIPE VARELA - USHUAIA - INFRAESTRUCTURA PUBLICA Y OBRAS DE MITIGACION - ETAPA 1 LICITACION PUBLICA PROVINCIAL N° 23/09", con Informes Técnicos N° 313/2012 y N° 323/2012 ambos Letra TCP - SC - AT (ASESORAMIENTO TÉCNICO).

ANTECEDENTES.

Las actuaciones fueron promovidas a instancias del señor Coordinador institucional de la Unidad Ejecutora Provincial de Ministerio de Obras y Servicios Públicos, ingeniero Eduardo D. MARTÍNEZ, quien a través del Informe Técnico N° 01/2012, manifestó la necesidad de efectuar ampliaciones a determinados ítems del contrato original de la obra contratada con Ingeniería Fueguina S.R.L., que entendió fundamentales para poder concluir la, en las extraordinarias circunstancias que se presentaron como consecuencia de las precarias condiciones bajo las que se encuentran los vecinos beneficiarios de las mejoras.

En ese sentido, detalla que con las modificaciones introducidas en el proyecto por la Dirección Provincial de Obras y Servicios Sanitarios (D.P.O.S.S.), devino necesario incrementar los ítems relativos a "1.1.a.) Excavación, tapado y



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

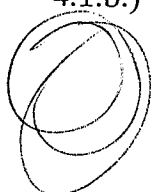
compactación de zanja en terreno de cualquier categoría" y "1.1.b.) excavación de zanja con voladura de roca".

Se requirieron también modificaciones tendientes a reducir las pendientes de las cañerías consideradas en el proyecto original, aumentándose las cantidades de bocas de registro, con un incremento en los ítems "2.2.a.) excavación en terreno de cualquier categoría" y "2.2.b.) excavación de zanja con voladura de roca".

Por otra parte, se consideró necesaria una refuncionalización en el sistema de desagües pluviales, debido a que existían volcamientos pluvio-cloacales, desde la calle Yámanas hacia el "polígono de intervención", por lo que estima necesario incrementar los ítems: "3.3.d.) provisión y colocación de cañerías de PVC diámetro 315 ml"; "3.5.a.) bocas de registro circular pluvial" y "3.5.c.) Bocas de Tormenta", modificaciones que implican un incremento también en los ítems "3.3.a.) Excavación de zanja en de cualquier categoría"; "3.3.b.) excavación de zanja con voladura de roca" y "3.3.c.) tapado y compactación de zanjas".

En relación a la Red Vial, según se informa, la implantación irregular de las viviendas, el anegamiento de aguas negras y las zonas boscosas, no habrían permitido determinar en la etapa del proyecto, la verdadera magnitud del movimiento de suelo requerido ni su tipología (destape de suelo orgánico, suelo común o rocoso) y, para la apertura de calles y corrimiento de viviendas, fue necesario hacer un nuevo relevamiento topográfico con ajustes en la cotas de las *rasantes* de las calles, lo que arrojó un incremento en las cantidades de movimiento de suelo.

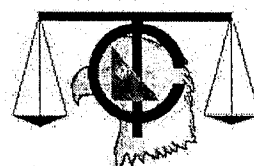
Asevera que no se trata de una modificación en la planimetría de la obra, ni que lo expuesto signifique un incremento de cantidades en ciertos ítems del proyecto o, mucho menos, el objeto inicial del proyecto, sino su ampliación en base a necesidades propias y sobrevinientes a la ejecución de la obra, que repercutieron en los ítems 4.1.a.) "Apertura de calles, movimiento de suelo de cualquier categoría" y 4.1.b.) "Apertura de calles movimiento de suelo rocoso".



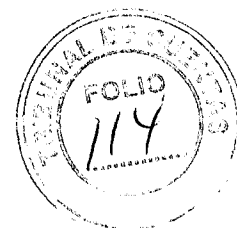
"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

En orden a la etapa de *"Relleno, Nivelaciones y Aterraplenamientos"*, por las mismas razones expuestas en relación a la Red Vial, en cada uno de los macizos del barrio en cuestión, se requiere incrementar los ítems 6.1.a) *"Ejecución Relleno y Terraplén con suelo seleccionado y compactación especial"*, 6.1.c.) *"Excavación y movimiento de suelo de cualquier categoría en macizos"* y 6.1.d.) *"Excavación y movimiento de suelo rocoso en Macizos"*.

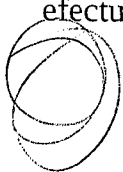
Estos últimos incrementos de cantidades en los macizos, se habrían originado en un ajuste de cordón de vereda, para que se correspondiera su nivel con el interior de cada una de las viviendas, que era un objetivo de la intervención y se reflejaría en el saneamiento urbano del Barrio.

Se adjuntan al informe citado las planillas de Ampliación de Obra, con los valores aceptados y consentidos por el representante técnico la empresa contratista.

Según surge del mismo documento, la obra se encuentra neutralizada desde la veda invernal del año 2011, ya que se advirtió en la confección del Acta de Medición N° 6, que se habían agotado parte de las cantidades de los ítems relativos a movimiento de suelo, durante la etapa de la Red Vial en algunos macizos.

En el aspecto económico, la ampliación solicitada incidiría de la siguiente manera: El contrato de obra vigente, asciende a la suma total de pesos seis millones setecientos sesenta y cinco mil ochocientos cuarenta y nueve con quince centavos (\$ 6.765.849,15), mientras que la ampliación de contrato necesaria, sería de pesos tres millones seiscientos noventa mil novecientos sesenta y tres con sesenta y ocho centavos (\$ 3.690.963,68), lo que implica un incremento del cincuenta y cuatro coma sesenta por ciento (54,60%) respecto del monto contractual originario.

Manifiesta que dicha ampliación resulta esencial e imprescindible para lograr culminar con la obra y realizar su objeto evitando su paralización, lo que afectaría directamente a ciento quince (115) familias y cuatrocientos cincuenta (450) habitantes en situación vulnerable, dilapidando además todo el trabajo de campo efectuado desde esa Unidad Ejecutora Provincial.



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

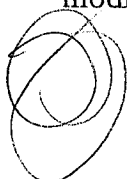
A fojas 31/32, obra el Informe D.G.A.J. - (M.I.O. y S.P.) N° 028/2012, emitido por la Dra. Cecilia PASSADORE, a través del que se adujo la falta de competencia de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio.

Seguidamente, tomó intervención el Área Legal de la Unidad Ejecutora Provincial del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, a través del Dictamen Legal N° 01/2012, emitido por la Dra. Adriana GIACOMELLI, quien circunscribió el análisis a la viabilidad de ampliar el contrato de obra con el fin de lograr su culminación, abarcando en su totalidad el objeto del proyecto y, por otra parte, el reconocimiento y aprobación de las demasías ejecutadas y medidas en el Acta de Medición N° 6.

En relación al primer aspecto, encuadra la situación en el artículo 30 de la Ley nacional N° 13.064 de Obras Públicas, entendiendo que la potestad de modificar el proyecto constructivo que posee la comitente en el ejercicio del *ius variandi* proviene de la propia ley de obras Públicas y justifica la modificación unilateral del contrato en marcha en cuanto se encuentra comprometido el interés público y en que, por un error inicial de la Administración contratante en la concepción del proyecto, la comunidad no puede quedar obligada a soportar una obra mal planteada *ab initio*, por el mero respeto al contrato original.

Asevera que es factible introducir modificaciones que superan el veinte por ciento (20 %) del valor total de las obras contratadas, en función de que existe un acuerdo de partes, sobre todo teniendo en cuenta que, según lo expresado en el Informe Técnico antes citado, se trata de un incremento en ciertos ítems del proyecto, que bajo ningún aspecto representan una modificación de la planimetría de la obra, ni del objetivo inicial del proyecto, sino una ampliación en base a necesidades propias y sobrevinientes al inicio de la ejecución de los trabajos.

Entiende que tal circunstancia, facultaría a las partes para fijar un nuevo precio de común acuerdo, respecto del pago de los trabajos involucrados en la modificación.



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"



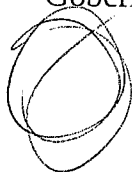
En cuanto al Reconocimiento de las demasías ejecutadas y medidas en el Acta de Medición N° 6, refiere que se ha evidenciado el agotamiento de las cantidades de los ítems relativos a movimientos de suelo, encontrándose incluidas en esa medición, las cantidades ejecutadas en más, en la red vial y en parte de los macizos a cuyos efectos se adjuntaron planillas y gráficos de la zona de intervención y cálculos de los movimientos de suelo ejecutados en obra.

A los efectos de certificar los volúmenes medidos, aconseja evaluar el reconocimiento y aprobación de los trabajos ejecutados por sobre lo proyectado, teniendo en cuenta el reconocimiento y justificación realizada en el informe técnico, con más el consentimiento brindado por la autoridad competente, a la vez que destaca el criterio de la Procuración del Tesoro de la Nación, respecto de la *plena fe* que merecen los informes técnicos, mientras no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor.

Por tales consideraciones, opina que procedería incorporar las modificaciones propuestas al contrato de obra vigente, incluyendo el nuevo plazo de obra necesario para la ejecución de los trabajos, previa indicación de la afectación presupuestaria correspondiente y estima también procedente efectuar el reconocimiento y aprobación de los trabajos ejecutado en más, de acuerdo con las mediciones plasmadas en el Acta de Medición N° 6.

A continuación, el señor Secretario de Coordinación y Control de Gestión del Ministerio de obras y Servicios Públicos, Arq. Jorge PESARINI, emitió la Nota N° 1398/2012 (fs. 44), solicitando una ampliación presupuestaria por la suma de pesos tres millones seiscientos noventa mil novecientos sesenta y tres con sesenta y ocho centavos (\$ 3.690.963,68), que fue emitida y cuyo comprobante se incorporó a fojas 45.

A fojas 46/50 se incorporó un proyecto de convenio y de decreto ratificatorio, que recibió la intervención de la Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación, mediante Informe S.L. y T. N° 1695/12 (fs. 57), formulando



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinos"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

117

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

observaciones respecto de el porcentaje indicado en la cláusula segunda, atento a que surge de fojas 2/3, que se había arribado a un acuerdo según el cual, se incrementarían algunos ítems y se incorporarían otros. Sugiere al respecto expresar el monto que hoy se incorpora al precio primigeniamente pactado y el total.

Recomendó asimismo, no mencionar la cláusula tercera los *ítems* para evitar confusiones, sino referenciar al Anexo I e indicar en la cláusula séptima el plazo de ejecución, con adjunción del pertinente Plan de Trabajo.

Consecuentemente, a fojas 58/66 se agregó un nuevo proyecto de convenio y decreto ratificatorio, de acuerdo con las recomendaciones del Servicio Jurídico permanente del Gobierno, que recibió el análisis de la Auditoría Interna, a través del Informe N° 141/12 – OP (fs. 68), sin observaciones.

Sin embargo, tal como surge de la providencia de fojas 76 vuelta, el señor Secretario de Coordinación y Control de Gestión, Arq. PESARINI, entendió que debían concretarse mayores detalles de la realidad de la obra, para poder plasmar adecuadamente las ampliaciones necesarias en el convenio a celebrarse.

En función de tal requerimiento, el Coordinador Institucional de la Unidad Ejecutora Provincial del Ministerio, Eduardo D. MARTÍNEZ, elaboró el Informe N° 25/12, Letra ATPP (fs. 77/80), en que describió una *línea de tiempo* de la obra hasta esta instancia.

Según ese detalle, el acta de apertura de las ofertas tuvo lugar el 10 de diciembre de 2009, para esta obra que tenía una ejecución programada de doscientos cuarenta (240) días; el plan de trabajos fue aprobado el 26 de noviembre 2010 y se dio inicio a la obra y se confeccionó el Certificado N° 1 correspondiente al mes de noviembre de 2010.

Se aprobó un nuevo plan de Trabajos por Resolución N° 023/2011, en que la contratista adecuó la curva financiera, en virtud de lo efectivamente ejecutado,



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinos"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

118

atento a que se había registrado un avance superior al cinco por ciento (5%) de lo previsto en el Plan de Trabajos aprobado originalmente.

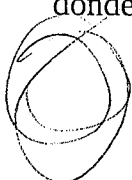
A través de la Orden de Servicio N° 27, del 20 de abril de 2011, la Inspección de Obra no autorizó la ejecución de tareas en los ítems de movimiento de suelo, ya que se habían agotado las cantidades contratadas y debía realizarse un estudio para ampliar el contrato.

Con la Nota de Pedido de la misma fecha, la empresa contratista solicitó la neutralización inmediata del Plazo de Obra, debido a lo expuesto e la Orden de Servicio N° 27 y otra serie de factoras que impedían el normal desarrollo de la obra, según informa: *"Incumplimiento de la relocalización de las 20 familias que habitan en el barrio, con solución habitaciones IPV.- Falta de entrega de los módulos de tránsito y espera, por parte de la Provincia. Demoras en la iniciación de las tareas de redes de Agua y Cloaca (falta aprobación del proyecto por la falta de aprobación de los planos). Ante la demora ocasionada por la firma del convenio de la servidumbre de paso entre IPV y la vecina, la que permite el volcamiento de los efluentes pluvio cloacales a las redes existentes sobre calle Kuanip. Demoras en la gestión administrativa en relación a la falta de pago de los Certificados"*.

A través de la Nota de Pedido N° 27, la empresa pidió la ampliación del contrato, a la vez que se neutralizó el plazo de la obra por Resolución N° 065/2011, por Veda Invernal y lo indicado en la Nota de Pedido transcrita en el párrafo precedente.

En el contexto reseñado, se procedió a efectuar un estudio del faltante de obra para poder determinar si era necesaria una ampliación del contrato o con un incremento de los ítems en un veinte por ciento (20%) podía solucionarse, como lo estipula el Pliego de Condiciones Generales.

Aclara que dentro del Programa de Mejoramiento de Barrios, una de las características más importante en esta tipología de obra, es la intervención en el sector donde habitan familias en condiciones de vulnerabilidad social y ambiental, teniendo



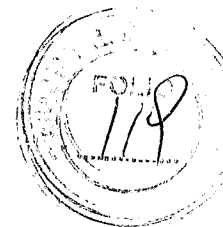
"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

como eje la relocalización de casillas en situación de extrema precariedad para permitir la apertura de calles. Por esta particularidad, no pudo realizarse un estudio certero del movimiento de suelo.

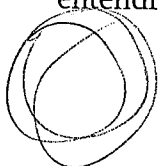
Lo dicho, habría provocado un desfasaje entre las cantidades ejecutadas y las que estaban previstas y, por otro lado, la dinámica de la obra habría provocado que surgieran nuevas tareas.

El estudio de la obra requirió trabajos de medición nuevamente en su totalidad, en que se advirtieron otros resultados después de que se había abierto calles y relocalizado casillas a sus lotes definitivos. Por ejemplo, se evidenció la necesidad de un mayor movimiento en suelo rocoso debajo de esas viviendas o cegado de pozos negros, todo lo cual fue imposible de determinar antes del corrimiento de las casillas.

Posteriormente, la empresa contratista presentó dos redeterminaciones de precios, de las cuales se aprobó una por la suma de pesos un millón doscientos veintiséis mil ciento veinte con seis centavos (\$ 1.226.120,06), encontrándose cancelado el monto de pesos seiscientos veinticinco mil ciento veintinueve con noventa y cuatro centavos (\$ 625.129,94).

Menciona que la presentación efectuada por la empresa contratista, plantea la necesidad de que el faltante de obra, incluidos los trabajos indicados en el Acta de Medición N° 6, sean redeterminados a la fecha de suscripción del mencionado convenio, situación que deberá ser analizada por el área de Redeterminación de Precios, con la consideración de que, aunque haya podido determinarse la medición de los trabajos ejecutados, no pudo proseguirse con la certificación correspondiente en tiempo y forma por las circunstancias detalladas anteriormente.

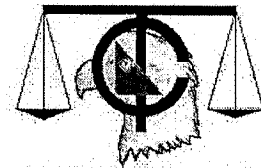
Con posterioridad, intervino el señor Director de Redeterminación de precios del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, señor Carlos Ariel NAVAS, mediante el Informe N° 72/12, Letra M.I.O. Y S.P. (D.G.R.P.), quien entendió, por una parte, que el saldo faltante de obra a redeterminar correspondiente a



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

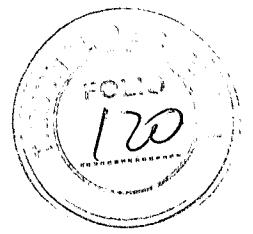


Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"



la obra básica, se desprendería de los certificados de obra básica aprobados. En este caso el último resulta ser el N° 5.

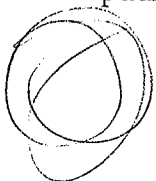
Por otra parte sostuvo que, dado que la modificación solicitada estaría referida a valores básicos de agosto de 2009, correspondería redeterminarla hasta la fecha.

Consecuentemente, se incorpora a fojas 83/89 un nuevo proyecto de convenio tendiente a la ampliación propuesta.

En una nueva intervención de la Secretaría Legal y Técnica, mediante Informe S.L. Y T. N° 2198/12 (fs. 91), se recomendó corroborar que la póliza aludida en la cláusula décimo primera del convenio, cubría la totalidad de la obra; se observó que correspondía adjuntar la documentación para acreditar personería y representación de la empresa y que debía darse intervención a este Tribunal de Cuentas.

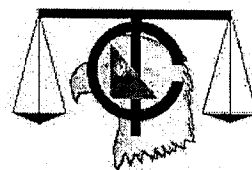
Así las cosas, la señora Ministro de Infraestructura, Obras y Servicios Públicos, Dra. Gabriela MUÑIZ SICCARDI, remitió las actuaciones a este Órgano de Control, en que solicitó un análisis particular en relación con la aplicación del Decreto provincial N° 73/03, ya que desde ese Ministerio se entiende que al no haber existido la posibilidad de certificar los trabajos ejecutados, éstos no podrían ser abonados en tiempo y forma, por cuanto resultaría de aplicación la redeterminación de precios correspondiente, en coincidencia con lo expresado en el informe N° 72/12 de fojas 81.

Por otra parte, estimó que el convenio puesto en consideración, resulta ventajoso para el Estado, demás del carácter social que reviste la obra, porque la empresa contratista ha desistido de formular reclamos por mayores costos, gastos improductivos e indemnizaciones e, incluso, el derecho de rescisión del contrato que le pudiera corresponder, derivados de la suspensión del plazo de obra.





Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

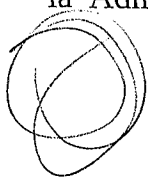
En respuesta a tal requerimiento, se emitió el Informe Técnico N° 313/2012, Letra TCP-SC-AT (ASESORAMIENTO TÉCNICO), enmarcando tal intervención en la facultad establecida por el artículo 2° inciso j) de la Ley provincial N° 50, que tuvo como base un pre-informe realizado por el ingeniero Eduardo PETRIZZI y la inspección ocular de la obra.

En relación al avance físico de la obra, se requirió la remisión del expediente N° 7970-MO-2009, a través del que tramitó su contratación, además de cotejar con las intervenciones de esas áreas técnicas a través de visitas a obra y los informes técnicos realizados, que confirman básicamente lo detallado en los informes técnicos del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, en torno al surgimiento de trabajos imprevisibles, a medida que se iba llevando a cabo el corrimiento de las casillas para la apertura de calles y el ordenamiento del barrio, sumado a la complejidad generada por la presencia de las familias.

Este Informe, incluye una planilla que detalla las certificaciones efectuadas y las compara con el Plan de Trabajos vigente a ese momento, del que surge que la última etapa concluida es la relativa al Certificado N° 5, punto hasta el cual la empresa siempre fue ejecutando un avance real igual o mayor al comprometido.

Concluye al respecto el señor Auditor Técnico de este Tribunal, Arq. Rodolfo ROJAS, que la ejecución de la obra habría sido por encima del Plan de Trabajos previsto originalmente, a tal punto que se adecuó el mismo al avance real y luego, al momento del último Certificado, la obra nuevamente presentaba un avance de un 1,42% por encima de la Curva de inversión.

Además, destaca que el retraso del pago de los Certificados de Obra haría sido entre 108 y 159 días corridos cada uno, al punto de que, cuando se efectuó la última certificación el 31 de marzo de 2011, la Administración adeudaba los Certificados N° 2 y N° 3, representativos de un veintidós coma ochenta y tres por ciento (22,83%) del Monto de Contrato a valores básicos, de lo que se desprende que la empresa estuvo holgadamente en condiciones de rescindir el contrato por culpa de la Administración y sin embargo no lo hizo, sino que por el contrario, continuó



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

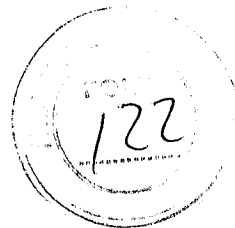


Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"



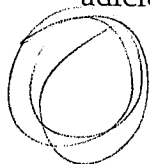
ejecutando trabajos, aún a mayor ritmo del comprometido, hasta que se constató el agotamiento de los ítems en las mediciones preparatorias del certificado N° 6.

Resalta el citado profesional también en dicho Informe, la necesidad de que se lleven a cabo trabajos adicionales, analizada a partir del desarrollo de la obra y de las inspecciones realizadas, en función de que las cantidades previstas originalmente han sido consumidas, por cuanto se requiere llevar a cabo una mayor cantidad de tareas para alcanzar el objetivo del proyecto de mejoramiento, sobre todo en los ítems más representativos e influyentes desde el punto de vista financiero, esto es, los referidos a movimiento de suelo.

Un dato de significación, esta dado por la afirmación del arquitecto ROJAS, en cuanto a que: *"... de verificarse los supuestos para la tramitación de una Redeterminación de Precios en el período correspondiente a los trabajos ejecutados durante el mes de Abril de 2011, el Plan de Trabajos y Curva de Inversiones vigente a ese momento no contemplaría esos trabajos ejecutados. Si en la presente instancia de aprobación del Adicional tramitado se aprueba también el Nuevo Plan de Trabajos, éste tendría vigencia a partir de la emisión de Acto Administrativo penitente, y alcanzará a los trabajos que se 'planean' ejecutar hacia adelante, pero debiendo también declararse trabajos ejecutados sin autorización oportuna, no estarían alcanzados a los efectos del reconocimiento de Redeterminaciones de Precios, ya que no estaban previstos originariamente"*.

Sobre el proyecto de convenio para tramitar el adicional, recomienda la incorporación de mayor documentación que avale las cantidades, como gráfica, planimetrías, cortes con perfiles existentes y de proyecto de desmontes y terraplenes, cotas y niveles de rasantes, entre otra.

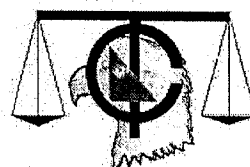
Requerida esa información, se incorporó la documentación respaldatoria a fojas 101/108, de acuerdo con la cual se elaboró un nuevo Informe Técnico, bajo el número 323/212, Letra TCP – SC – AT (ASESORAMIENTO TÉCNICO), que concluye que si bien ha quedado acreditada la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales, al momento de remitir las actuaciones en la instancia del Control



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

Preventivo que compete a este Órgano de Control, deberá contar con mayor sustento documental.

En cuanto a la cláusula octava del proyecto de convenio modificatorio, considera que lo establecido en ella es el eje de la consulta y, respecto de la cual es necesario analizar las actuaciones con las particularidades del caso por lo ya expuesto en su anterior Informe, especialmente lo relativo al reconocimiento de la actualización de precios a trabajos ejecutados durante el mes de abril de 2011 y que no se encontraban en el plan de trabajos entonces vigente.

ANÁLISIS

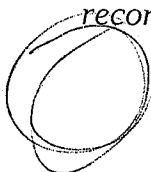
En primer lugar, corresponde analizar la incorporación de los adicionales que emergen como necesarios, a partir del agotamiento de las cantidades previstas originariamente en el contrato, específicamente respecto de los ítems relativos a movimiento de suelo.

Sobre esa cuestión, se ha dicho que: *"No existe directiva legal alguna que condicione la potestad del comitente de introducir modificaciones al contrato en marcha, a la existencia de necesidades nuevas o desconocidas al momento de celebrarse el contrato."*

Las modificaciones podrían disponerse, aun, por meras razones de oportunidad o conveniencia que no se merituaron en su origen, debidamente justificadas mediante informes técnicos objetivos y siempre, claro está que el interés público se vea implicado en la necesidad de la alteración.

V. LÍMITES AL EJERCICIO DEL IUS VARIANDI

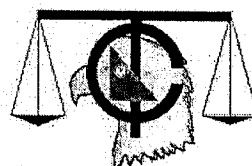
Sin perjuicio de las facultades rescisorias que el artículo en análisis reconoce a favor del contratista cuando el monto de las modificaciones superen el



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

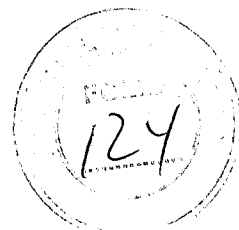


Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"



porcentaje determinado por el art. 53, inc. a) de la LOP, el comitente no estaría sujeto, en principio, a limitaciones cuantitativas en el ejercicio del ius variandi.

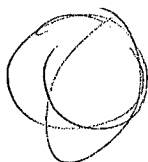
Sólo que en el supuesto de superarse el límite cuantitativo -20% del valor total de las obras contratadas- previsto por el art. 53, inc. a), de la LOP, las modificaciones dispuestas por el comitente carecen de obligatoriedad para el contratista.

Ahora bien, existiendo acuerdo de voluntades entre las partes, la norma no fija límites al monto de las modificaciones que el comitente podría introducir en el proyecto en ejecución. Tampoco contiene, de modo expreso, límites de orden cualitativo.

No obstante lo expuesto, la doctrina científica y la PTN interpretaron razonablemente esta disposición de modo tal de armonizarla con los principios liminares de la contratación pública -en especial, la igualdad y transparencia- y la necesidad de proteger los derechos del contratista" (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *Ley 13.064 de Obras Públicas Comentada y Anotada*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, pág. 233).

En ese mismo sentido, la Procuración de Tesoro de la Nación tiene dicho que, mediando acuerdo de partes, no se transgrede el régimen de la LOP si se realizan trabajos del tipo de los contemplados por el art. 30 que excedan el porcentaje del 20% del valor total de las obras. (Conf. *Dictámenes* 168:441 y 141:125).

Es decir que, si los adicionales necesarios, que alcanzarían un cincuenta y cuatro por ciento (54%) del contrato original, fueran acordados por las partes sobre los valores originales y, sobre éstos se llevara a cabo una redeterminación de precios luego de ser incorporados al proyecto de manera regular, pasarían a constituir, en rigor, el saldo de obra que sería pasible de esa actualización de costos.





Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

Existe en la particularidad del caso bajo examen, una cuestión fundamental relacionada a los trabajos posteriores al certificado N° 5, que en parte habrían superado los montos de obra inicialmente establecidos para toda la contratación.

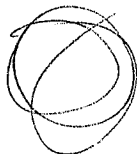
Para elucidar adecuadamente esta situación excepcional, corresponde referenciar algunos conceptos básicos:

"Se distingue el precio determinado, total o global, invariable y previo -ajuste alzado 'absoluto'-, del determinable, o sea, sujeto a posteriores ajustes -redeterminaciones- en la medida en que se verifiquen incrementos en el costo de la obra.

En el supuesto de precio determinable, lo que el comitente debe, en concepto de precio de la locación de obra, no sólo es la cantidad de dinero establecida en la propuesta adjudicada -precio básico del contrato- sino, además, un valor a determinar por aplicación de los mecanismos de ajuste o redeterminación del precio previsto en el contrato, compensatorio de la prestación cumplida por el contratista. Este valor también integra el concepto de precio" (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, op. cit., págs. 334).

Con algunas diferencias puntuales, en relación al casi idéntico régimen nacional en materia de redeterminaciones de precios, se ha dicho que: "a) No se aplica de oficio por la Administración. El contratista es quien debe solicitar la redeterminación del precio del contrato cuando se verifican los presupuestos fácticos exigidos por la norma.

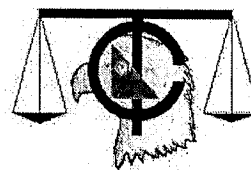
b) Se torna exigible cuando el costo de los factores principales enumerados en el artículo 4° del decreto (Dec. Nac. N° 1295/2002) -materiales y demás bienes incorporados a la obra, costo de mano de obra, amortización de equipos, reparación y repuestos y todo otro elemento que resulte significativo a criterio del comitente- reflejen una variación promedio de los precios de estos insumos superior al 10% (en el orden local es el 5%) de los precios básicos de



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

126

contrato o al precio surgido de la última redeterminación. Se consagra así un sistema de cláusula gatillo o umbral de revisión.

Doctrina judicial ha calificado al umbral de revisión como un ámbito o límite '... por debajo del cual se está dentro del alea normal del contrato, y configura además, una zona de riesgo o de inmunidad o tolerancia dentro del cual los efectos del riesgo extraño al contrato, son compatibles con la causa del negocio jurídico. Esto es: una zona que se compadece con la razón de equidad del instituto bajo exégesis y también con el principio de buena fe y colaboración...'

Lo cierto es que la existencia del umbral de revisión importa reconocer un alea que por su significación en la economía del contrato no alcanza a desnaturalizar el régimen jurídico especial en que éste se desenvuelve y su carácter esencialmente conmutativo...

d) Los nuevos precios sólo se aplican a las obras que deban ejecutarse con posterioridad al fin del período por el que los precios son fijos e inamovibles. De no haberse previsto en el contrato la invariabilidad del precio por un período determinado y verificarse la variación promedio del precio por un período determinado y verificarse la variación promedio del 10% o superior -exigida por el art. 2º del decreto 1295/2002- en el período transcurrido entre la fecha de presentación de la oferta y la firma del contrato, la redeterminación del precio será procedente desde el inicio de éste y respecto de las variaciones producidas en dicho período..." (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, op. cit., págs. 343/344)

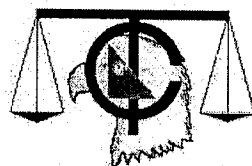
di)

Habrà de ser tenido especialmente en cuenta en este caso particular, que mal podría tomarse a las obras ejecutadas en demasía según el Acta de Medición N° 6 como que las que "deban ejecutarse con posterioridad al fin del período", por cuanto no se hallaban previstas directamente en el contrato original y se entendieron necesarias, justamente, a partir de la insuficiencia de las cantidades allí previstas, que frustraría la finalidad de la obra al quedar ésta trunca por esa situación.

"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

Ahora bien, no obstante el artículo 31 de la Ley nacional N° 13.064, establece que: *"No podrá el contratista por sí, bajo ningún pretexto hacer trabajo alguno, sino con estricta sujeción al contrato, y si lo hiciere no le será abonado, a menos de que presente orden escrita que para ello le hubiere sido dada por funcionario autorizado, en cuyo caso el pago deberá disponerse por autoridad competente"*, la regla que aparece tan estricta en el plexo legal, en la práctica no se aplica con tal rigidez.

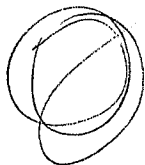
Al respecto, se ha dicho: *"La realización de la obra con sujeción a lo establecido en el contrato y la prohibición de ejecutar trabajos extracontractuales son dos principios consagrados en la LOP por los que el legislador pretendió garantizar que el contratista no pueda, per se, modificar el contenido de la prestación."*

II. TRABAJOS ENCUADRADOS DETRO DEL MARCO CONTRACTUAL

En tanto el contrato de obra pública involucra una obligación principal de resultado, el contratista asume la responsabilidad de ejecutar los trabajos, como antes se señalara, según las reglas del arte de construir y sujeto a aquella fórmula que contienen la mayoría de los pliegos; de tal suerte que resulten enteros, completos y adecuados a su fin, en la forma que se infiere de los planos, las especificaciones y los demás documentos del contrato aunque en los planos no figuren, o las especificaciones no mencionen, todos los detalles necesarios al efecto, sin que por ello tenga derecho al pago de adicional alguno.

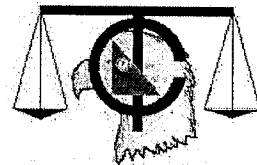
Va de suyo que la expresión 'completos, enteros y adecuados a su fin' se refiere a la obtención del resultado previsto en el proyecto constructivo y demás documentación que lo integra y abarca, también a todos aquellos trabajos o ajustes de los detalles necesarios para su más acabada concreción...

III. CONCEPTO DE TRABAJO EXTRA CONTRACTUAL O ADICIONAL





Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

129

A diferencia del trabajo contractual, el denominado 'adicional' es complementario o accesorio a la obra en marcha y su realización resulta indispensable para la obra pública principal en curso de ejecución.

No necesariamente el trabajo adicional debe ser imprevisible o imposible de ser considerado por el comitente en oportunidad de confeccionarse el proyecto constructivo.

Se ha conceptualizado también al adicional como aquel trabajo que resulta indispensable en una obra en curso de ejecución y que no ha sido previsto en el proyecto por atendibles razones sopesadas por la Administración o que ni siquiera es factible incluirlo en el presupuesto de la encomienda original.

También pueden ser considerados dentro del concepto de 'adicional de obra' y, consecuentemente, susceptibles de reconocimiento y pago al contratista, los trabajos que fueran necesarios realizar a raíz de una falta de previsión en la documentación licitatoria, por no haberse contemplado en el presupuesto o por la existencia de diferencias entre éste y los planos.

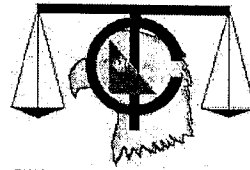
Con sustento en criterios más amplios, se consideró asimismo como adicionales a los trabajos de aparición imprevista y aun a aquellos sin vinculación con los principales indicados en el proyecto constructivo o cuya ejecución no es obligatoria, ni indispensable, pero sí conveniente a los intereses públicos" (cita: Sup. Corte Bs. As., 11/4/1995, "Gualtieri, Victorio Américo V. Municipalidad de Dolores. Tercero: Fiscalía de Estado. Demanda Contencioso Administrativa" RAP, nro 205, p.157).

"IV. REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS TRABAJOS ADICIONALES"

La cuestión de los trabajos adicionales lleva a distintos escenarios cuya problemática debe ser analizada en cada caso particular.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

128

La pauta establecida en la LOP es la de vedar cualquier pago a favor del contratista por la ejecución de trabajos extracontractuales no autorizados por funcionario competente. Sin embargo, es significativa la casuística que ha admitido excepciones a tal principio.

Así, en ciertos casos, es el contratista, por iniciativa y decisión propia y sin contar con orden de servicio alguna, el que ejecuta trabajos extracontractuales previamente comunicados a la inspección.

Suelen además verificarse supuestos de comportamientos poco ortodoxos de la inspección que, extralimitándose en sus facultades, ordena al contratista, de manera verbal o escrita, la ejecución de tareas extracontractuales y éste las ejecuta, sin contar con la aprobación previa de la autoridad competente.

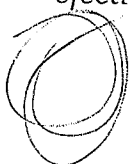
En otros casos, la realización de trabajos extracontractuales por parte del contratista es simplemente tolerada por la inspección, que no los observa.

1. Criterios aplicados en materia de reconocimiento y pago de adicionales. Distintas hipótesis

a) Disconformidad del contratista en tiempo oportuno con la orden de servicio que requiere la ejecución de tareas extracontractuales

Es un principio consagrado por el art. 29 de la LOP y manifiesto en los pliegos que toda orden de servicio está comprendida dentro de las estipulaciones del contrato y que no importa modificación de lo pactado ni encomienda de trabajos adicionales, salvo el caso que en ella se hiciera manifestación explícita de lo contrario...

b) Trabajos indispensables para la obra en marcha y cuya realización efectiva fuera comprobada por la inspección.





Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

Constituyen requisitos habilitantes de su certificación y pago al contratista que los trabajos ejecutados a título de adicionales fuesen necesarios a juicio del comitente y que su efectiva realización, calidad y precio justo se encuentren avalados por la inspección.

Desde ya, la realización de trabajos extracontractuales ejecutados a iniciativa del contratista, innecesarios, superfluos o no funcionales con lo proyectado, nunca podrían encuadrar en el concepto de trabajos adicionales, correspondiendo su remoción o demolición, por cuenta de aquél.

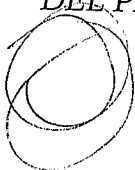
c) Trabajos que reconocen la participación del comitente en punto a la concurrencia de su voluntades

Difícilmente la ejecución de trabajos reputados de adicionales se presenta como espontánea o sorpresiva para el comitente; o sea, sin que exista una previa comunicación fundada del contratista sobre la necesidad de su realización y exteriorizada en el libro de notas de pedido o, en su caso, una orden escrita de la inspección.

La concurrencia de la voluntad del comitente podría manifestarse, aun de manera formalmente imperfecta, ya sea a través de la orden o instrucción verbal de la inspección o, excepcionalmente, a partir de la conformidad implícita de la Administración con la ejecución de trabajos extracontractuales, cuya realización ha sido previamente anticipada por el contratista y consentida por el comitente...

Por último, y en términos generales, cabe destacar que el reconocimiento y pago de los trabajos adicionales se encuentran sujetos al mismo régimen de medición y certificación que el resto de los trabajos incluidos en la encomienda...

V. PROCEDENCIA DE RATIFICACIÓN POSTERIOR HABILITANTE DEL PAGO DEL ADICIONAL EJECUTADO SIN ORDEN ESCRITA NI VERBAL





Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

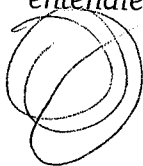
Va de suyo que la solicitud de conformidad previa de la inspección sobre la realización de los trabajos extracontractuales atempera el riesgo del contratista de que la Administración interprete, cuando las obras ya se encuentran concluidas, que éstas fueron innecesarias o que, pese a ser indispensables, el costo pretendido no se compadece con los precios ofertados para trabajos similares o con los de mercado, o que estaban comprendidas dentro de la encomienda original y, por ende su retribución comprendida dentro del precio de lo pactado...

Con referencia a obras adicionales ejecutadas sin orden expresa del comitente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió su reconocimiento y pago al contratista merituando que: a) el comitente reconoció que los trabajos adicionales '... fueron necesarios para que aquélla [la obra] pudiera satisfacer adecuadamente la finalidad de interés público que se tuvo en cuenta al licitar la ejecución' y b) que '[e]llo se concluye inequívocamente de su conducta, ya que aprobó el presupuesto de los adicionales – incluso los realizados sin órdenes de servicio [...]-, emitió el correspondiente certificado [...] y ordenó su pago...'.

A mayor abundamiento obsérvese que del texto del artículo en comentario no surge la necesidad inexcusable de requerir en forma previa autorización por escrito para acometer la ejecución de las obras adicionales, sino que la existencia de orden escrita sólo resultaría un requisito sine qua non para percibir el precio de éstas, por lo que la evaluación de su necesidad y monto podría ser ejercitada por la Administración con posterioridad a la ejecución de los adicionales.

VI. RECONOCIMIENTO Y PAGO DE TRABAJOS ADICIONALES NECESARIOS CON FUNDAMENTO EN EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, ABUSO DEL DERECHO Y PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

En ciertos casos, el reconocimiento y pago de trabajos adicionales encentra su fundamento en la aplicación de los institutos del abuso del derecho, enriquecimiento sin causa y de interpretación y ejecución del contrato de buena fe; entendiéndose que resulta incompatible con las exigencias de la justicia que sea el



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinos"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

ejecutor de la obra ajena el que soporte el mayor costo de esa obra necesaria que se incorpora al patrimonio de la Administración.

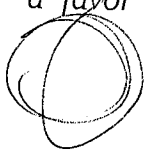
Así se resolvió al expresarse que '... ninguna duda menoscaba la procedencia del derecho al reintegro de los costos de 'trabajos imprevistos' (adicionales no cotizados e imprevisibles) en tanto [...] el aludido derecho encuentra razón de ser en el principio de la buena fe (art. 1198, Cciv.) y en las exigencias de la justicia que veda el abuso del derecho (art. 1071, segunda parte, Cciv.) y el enriquecimiento sin causa o injusto...' (DRUETA, op cit, 239/247).

Para Rafael JURISTO SÁNCHEZ, la prohibición de modificación del opus impuesta al contratista "... no es tan absoluta..." por cuanto admite las siguientes excepciones: "[L]a primera se produce como consecuencia del juego de la buena fe y de la condena del enriquecimiento injusto dentro del c.o.p. Existe buena fe del contratista si modifica la obra en virtud de órdenes, aunque sean verbales, de quien tiene competencia para darlas y se actos posteriores de la Administración crean también en el contratista la confianza de que las alteraciones introducidas en el proyecto son válidas. Así lo viene entendiendo la jurisprudencia, que también se vale de criterios objetivos para valorar si la modificación de la obra era necesaria técnicamente para la ejecución global del proyecto. En consecuencia, la Administración no puede negar el pago de la mayor cantidad o calidad de la obra, pues se enriquecería injustamente a costa del contratista" (JURISTO SÁNCHEZ, Rafael, La ejecución del contrato de obra pública, Hauser y Menet, Madrid, 1983).

En este punto del análisis, estimo de fundamental importancia distinguir el alcance de las mediciones realizadas sobre la porción ejecutada en los hechos, que no ha sido aún certificada por la Administración.

A tales efectos, corresponde elucidar los efectos propios de la certificación, respecto de lo cual se ha dicho que:

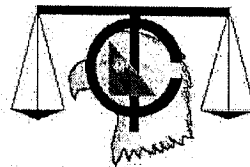
"La certificación importa el reconocimiento de la existencia de un crédito a favor del contratista, salvo puntuales supuestos en los que por aplicación de



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

penalidades, cargos o compensaciones con saldo favorable al comitente, arrojará un valor negativo.

La doctrina coincide en afirmar que el certificado de obra no es un medio u orden de pago y, consecuentemente, no importa un pago; es e antecedente inmediato de la orden de pago y, por lo tanto, según distingue Barra el antecedente mediato del pago efectivo que se ha ordenado.

Igualmente, de manera mayoritaria, se sostiene que el certificado de obra participa de la naturaleza de 'acto administrativo', siendo de aplicación directa, en consecuencia, el régimen de la LNPA.

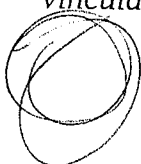
El certificado de obra no se encuentra reconocido por la doctrina como un título ejecutivo. En un supuesto en el que existía un reconocimiento de deuda por parte de la Administración, con causa en la realización de una obra pública, se admitió el derecho del actor a exigir la cancelación de la deuda por vía ejecutiva.

4. Distintos tipos de certificados

Distingue la doctrina distintos tipos de certificados parciales y final. Entre los certificados parciales existen subespecies denominadas básico, de acopio y de redeterminación.

Como lo señalara reiteradamente la PTN, todos los certificados parciales de obra revisten la característica de provisorios '... sujetos al ajuste que resulte de la liquidación final...', '...en la medida en que sus constancias pueden verse modificadas luego por los resultados de la medición y liquidación final, donde, en definitiva, podrían resultar rectificadas los errores materiales o conceptuales que aquéllos hubieran contenido...'.

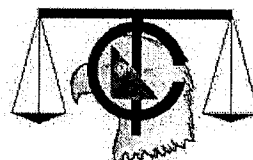
Sobre el carácter provisional y a cuenta de los certificados de obra, con exclusión del final, también se ha pronunciado la jurisprudencia y doctrina, vinculando, en el caso concreto, la interinidad del certificado con la responsabilidad



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

del constructor por los defectos que pueden producirse durante la ejecución y conservación de la obra hasta la recepción final, consagrada por el art. 26 de la LOP...

El certificado final o definitivo es aquel que se emite luego de practicada la liquidación final o cierre de cuentas" (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *op. cit.*, págs. 356/358).

"TRÁMITES PREVIOS A LA EMISIÓN DEL CERTIFICADO. CUESTIONES PRELIMINARES

Deben distinguirse dos tipos de plazos: i) los procedimentales incluidos en el pliego, que funcionan como una suerte de plazo de tolerancia para la administración y permiten a ésta realizar todos los pasos y verificaciones técnicas y administrativas necesarias para estar en condiciones de expedir el certificado y ii) el plazo de pago propiamente dicho previsto expresamente en el contrato que se computa, según las previsiones más usuales, a partir de la suscripción del certificado y de su presentación al comitente, o de su aprobación por autoridad competente, o de su entrega al contratista". (DRUETA, Ricardo Tomás y GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, *op. cit.*, págs. 376).

CONCLUSIÓN

A partir de tales preceptos legales y doctrinarios, podemos distinguir claramente, que la porción de la obra bajo examen, ejecutada por encima de las cantidades previstas originariamente en el contrato, ha quedado en una instancia previa a la emisión de un eventual certificado, naturalmente, por cuanto no hubiera correspondido que se certifiquen cantidades no contempladas por el contrato original.

De más estaría decir, que nos encontramos en una situación por demás atípica, que merece un esfuerzo interpretativo tendiente a alcanzar una solución justa y evitar conflictos a futuro de dudosa resolución favorable para el Estado provincial.



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

135

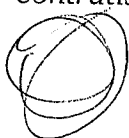
No puede dejar de considerarse al respecto, que la contratista ha ejecutado los trabajos anticipándose a los tiempos fijados en el prístino plan de trabajos y, una vez adecuada la curva de trabajos a ese avance excesivo, volvió a acelerar el ritmo allí previsto; mientras cobraba todos los certificados holgadamente tarde, al punto de haber podido rescindir el contrato por culpa de la Administración y, sin embargo, una vez agotadas las cantidades relativas a los ítems de movimiento de suelo, se excedió ejecutándolos en demasía.

No obstante tal situación fue advertida por la Inspección mediante Orden de Servicio N° 27, no puede soslayarse que como consecuencia de ello, en la misma fecha, la empresa también solicitó la neutralización de los plazos mediante Nota de Pedido N° 27, cuestión que recién fue llevada a cabo mediante la Resolución N° 065/2011.

La atipicidad descripta en muy resumidas cuentas, lleva a entender que esos trabajos ejecutados en más, necesariamente merecerán el reconocimiento por parte del Estado, el que no corresponde que se vea *enriquecido sin causa* por su ejecución sin sustento contractual y a costa de una empresa privada, puesto que la Administración no sólo conocía la situación, sino que además ahora los reconoce como necesarios e indispensables para la finalidad perseguida por la obra.

En ese contexto y teniendo en cuenta el análisis desarrollado en la especie, corresponde entender que, al haberse neutralizado los plazos de la obra luego de la emisión del certificado N° 5 y, encontrándose en una etapa preparatoria la confección del certificado N° 6, los trabajos incluidos en esa última etapa no se encuentran reconocidos por la Administración como ejecutados, ni ha nacido en consecuencia aún un crédito a favor del contratista, por lo cual, ese tramo procedería ser reconocido como saldo de obra a los efectos de la redeterminación de los precios sobre la que versa la consulta.

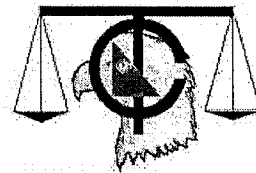
Con relación a más de un contrato de obra pública celebrado bajo la vigencia de la ley 12.912 y sus disposiciones reglamentarias se resolvió que "... si el contratista realizó trabajos adicionales sin esperar que se firmase la autorización



"Las Islas Malvinas, Georgias, Sandwich del Sur son y serán Argentinas"



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

"2012 En Memoria a los Héroes de Malvinas"

correspondiente, requerido generalmente por las necesidades propias del desenvolvimiento de las labores, aquella demora en la certificación no puede perjudicarlo. Paradójico resultaría, en estas condiciones, que las inversiones efectuadas al memento de ejecutar dichas demasías, no se le reintegrase recompuestas en su valor real, sino al meramente nominal. El derecho del contratista se la que se le repare ese deterioro, con fundamento en las disposiciones del art. 39 de la LOP, es incuestionable (conf. C. Nac. Cont. Adm. Fed., Sala II, c. 2781, 20/04/1982)...", (C. Nac. Civ., Sala G, 06/04/1983, "Constructora Cipolletti SA v. Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires", de 104-269. El destacado no es original).

Por lo tanto, toda vez que en esta instancia la Administración reconoce como indispensables para la consecución del objeto de la obra, más humanitaria que pública, el adicional contemplado en el convenio de ampliación del contrato, los trabajos ejecutados en demasía luego del certificado N° 5, deberían ser contemplados como parte del saldo de obra, luego de ser formalmente incorporados al contrato, pues antes de ello no existían dentro la relación jurídica, lo cual impidió su oportuna se certificación y pago, pues en este caso particular y ante la excepcional conducta desplegada por la contratista -con sobradas muestras de *buena fe* y el innegable consentimiento implícito de la Inspección de Obra respecto de toda la situación- resultaría irrazonable que el Estado se vea enriquecido pagando trabajos llevados a cabo hace más de un año y medio, a valores de aquella época, máxime que hoy está reconociendo que han resultado tan necesarios como útiles para la conclusión de la obra.

En virtud de todo lo expuesto, giro las actuaciones para continuidad del trámite, con el proyecto de Resolución Plenaria cuya emisión se estima pertinente.


Dr. Sebastián OSADO VIRUEL
Secretario Legal
Tribunal de Cuentas de la Provincia