

DICTAMEN ONC Nº 20/2016.

Fecha de emisión: 14 de marzo de 2016.

Referencias/voces: Antecedentes de penalidades. Proveedor COMERCIALIZACION Y PRODUCCION MAYORISTA SRL. Nulidad y/o ineficacia de la notificación. Notificación por correo electrónico. No reproduce en forma completa el acto administrativo. Vicio en el procedimiento. Se traslada al contrato. No corresponde sancionar.

Antecedentes:

El 29 de noviembre de 2013 se llevó a cabo el Acto de Apertura de Ofertas correspondiente a la Licitación Pública Nº 21/2013 del registro del MINISTERIO DEL INTERIOR, OBRAS PÚBLICAS Y VIVIENDA.

El 4 de abril de 2014 se cursó un correo electrónico a la casilla comercializacionsrl@sinectis.com.ar, mediante el cual se comunicó que: "...por Disposición Nº 219 del Subsecretario de Gestión Administrativa del Transporte a cargo de [la] Subsecretaría de Coordinación de fecha 31 de marzo de 2014, se dispuso aprobar el acto que adjudica la Licitación Pública de Etapa Única Nacional Nº 21/2013 a favor de la firma Comercialización y Producción Mayorista S.R.L. por la suma total de PESOS SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL CIENTO TRECE CON 36/100 (\$ 692.113,36).".

El 26 de mayo de 2014 se emitió la Orden de Compra Nº 28/14, la cual fue notificada por correo electrónico a la firma COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. (comercializacionsrl@sinectis.com.ar) recién el día 9 de junio de 2014.

Finalmente, el 13 de junio de 2014 la firma COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. presentó una nota de la cual se desprende que tomó conocimiento de la orden de compra emitida en su favor, al sostener: "...habiendo recibido en el día de ayer un correo con pedido de compra...". Sin perjuicio de ello alegó: 1) No haber sido notificada del acto de adjudicación y, como consecuencia de ello, el incumplimiento del plazo previsto en el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto Nº 893/12; 2) Imposibilidad de entregar los bienes adjudicados por "hecho del principio" (restricción a las importaciones).

Normativa examinada:

- ❖ Artículos 1º y 3º del Decreto Delegado N° 1023/01.
- ❖ Artículos 5º, 56 y 239 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12.
- ❖ Artículos 2º y 4º del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales, aprobado como Anexo al artículo 1º de la Disposición ONC N° 58/14.
- ❖ Artículos 1º, inciso f) apartados 1º y 3º, y 7º de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.
- ❖ Artículos 40 y 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

Análisis y opinión del Órgano Rector:

I) En la intervención de fecha 9 de diciembre de 2015 esta Oficina Nacional opinó que el acto administrativo de adjudicación no había sido notificado debidamente, por cuanto no fueron respetados los requisitos exigidos por el Reglamento de Procedimientos Administrativos, aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991) en su artículo 40 y concordantes. Ahora bien, un examen más profundo de la cuestión lleva a este Órgano Rector a considerar que no se trató meramente de una notificación “defectuosa”, sino de algo más grave: un supuesto de nulidad o, incluso, de inexistencia –lisa y llana– de notificación. Siguiendo ese razonamiento, no resulta de aplicación en autos la solución normativamente establecida para los casos de notificaciones “viciadas” o “irregulares”, conforme los fundamentos que a continuación se expondrán.

II) La notificación es el acto a través del cual se comunican a los interesados las distintas resoluciones y medidas que se adoptan, ya sea en un procedimiento administrativo general o bien en el marco de un procedimiento de selección del cocontratante estatal y que puedan afectar derechos o intereses de las partes o de terceros (v. GARCÍA PULLÉS, Fernando. Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo-Perrot. 1º ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Págs. 725 y ss.).

III) En sentido estricto, la eficacia del acto administrativo de alcance particular se adquiere cuando el mismo es objeto de notificación al interesado (v. Artículo 11 de la Ley N° 19.549).

IV) En la actualidad, el correo electrónico se ha convertido en un medio de comunicación ampliamente utilizado en múltiples y disímiles ámbitos. Ha sido definido jurisprudencialmente como toda correspondencia, mensaje, archivo, dato u

otra información electrónica que se transmite a una o más personas por medio de una red de interconexión entre computadoras (“Pereyra, Leandro R. c/ Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos SA” – CNTrab. –Sala VII –27/3/2003).

V) En el marco de un proceso de cambio y modernización en las contrataciones públicas, el actual Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 habilita el uso del correo electrónico como un medio de notificación válido entre la Administración y los particulares.

VI) Es digno de mención, al respecto, el dictamen ONC N° 83, del 16 de abril de 2013, en cuyo marco esta Oficina Nacional tuvo oportunidad de señalar que: “...el nuevo reglamento se aparta de la regulación anterior, por cuanto el artículo 59 del derogado Reglamento aprobado por el Decreto N° 436/00 hacía referencia a los medios de notificación fehaciente, los cuales no se encontraban enumerados en dicho cuerpo normativo y, consecuentemente, se recurría a los normados en el Reglamento de Procedimientos Administrativos Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991).

La nueva legislación abandona el concepto de notificación fehaciente para referirse a la notificación válida y enumera los medios de notificación que podrán utilizarse, indistintamente, para cursar una notificación válida en un procedimiento contractual. Es decir que el organismo podrá optar por alguno de los medios allí previstos, resultando válidas las notificaciones que se realicen por cualquiera de ellos, bajo las siguientes circunstancias...”.

VII) De esta forma se procura revalorizar el principio de eficiencia receptado en los artículos 1º y 3º del Decreto Delegado N° 1023/01 y los principios de celeridad, economía, y sencillez previstos en el artículo 1º punto b) de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.

VIII) Si bien la notificación por correo electrónico es plenamente admisible en el ámbito de los procedimientos de selección regidos por el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, no es posible soslayar que su validez queda supeditada al cumplimiento de determinados requisitos, siendo el primero de ellos acompañar en el respectivo expediente las constancias pertinentes que permitan constatar que la casilla de correo a la que se cursa un “e-mail” se corresponde con la informada por el interesado en el Sistema de Información de Proveedores (SIPRO), o bien con la constituida por el particular en su oferta.

IX) En lo atinente al régimen jurídico de las contrataciones públicas, el artículo 5, in fine, del Reglamento aprobado por el Decreto N° 893/12 prevé expresamente la aplicación supletoria de las restantes normas de derecho

administrativo, lo cual hace posible sostener que deberá darse cumplimiento a los artículos 40 y 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), en lo que resulte pertinente –indicación de los recursos procedentes, transcripción íntegra de los fundamentos y la parte resolutiva del acto objeto de notificación, etc.

X) En efecto, el artículo 43 del Reglamento de Procedimientos Administrativos aprobado por el Decreto N° 1759/72 (T.O. 1991), dispone que en las notificaciones se transcribirán íntegramente los fundamentos y la parte dispositiva del acto objeto de notificación, y en tal sentido el artículo 44 de la misma norma establece que, en principio, las notificaciones que se hicieran en contravención a la norma precedente carecerán de validez.

XI) Por consiguiente, toda notificación de un acto administrativo debe inexorablemente permitir el conocimiento íntegro al administrado, no sólo de la resolución tomada por el órgano, sino también de los fundamentos en los cuales se basa. Tal requisito se halla estrechamente vinculado con el principio del debido proceso adjetivo, especialmente en lo que atañe al derecho a una decisión fundada y a recurrir, en los términos del artículo 1º, inciso f) apartados 1º y 3º de la Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549. No se persigue consagrar un inútil formalismo sacramental, sino que se busca lograr que el particular tenga conocimiento cierto del acto y quede debidamente informado de las posibilidades de defensa de sus derechos e intereses, es decir, que no se coloque al administrado en una situación de indefensión o dificultad para el ejercicio de sus derechos.

XII) Ninguna duda cabe en cuanto a que pesa sobre la Administración la carga de transcribir íntegramente el acto administrativo que pretenda notificar o bien acompañar una copia íntegra de él, teniendo especialmente en cuenta que la finalidad básica de toda notificación se encuentra enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento de su destinatario. Máxime en el caso de una adjudicación, en tanto puede incidir en sus derechos subjetivos o intereses legítimos, ya sea en forma positiva o negativa o inclusive requerir de una actuación ulterior de su parte.

XIII) La exigencia o requisito de validez puesto de relieve en los párrafos que anteceden no guarda correlato con lo actuado en la Licitación Pública N° 21/2013 del registro del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE, en la medida en que el mentado correo electrónico de fecha 4 de abril de 2014 no se presenta en sí mismo como una notificación de la Disposición de la SUBSECRETARÍA DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DEL TRANSPORTE de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN del ex MINISTERIO DEL INTERIOR Y TRANSPORTE N° 219/14 –por cuanto en él no se reproduce, ni total ni parcialmente, el acto objeto de

notificación–, sino que el organismo licitante simplemente se limitó a “anoticiar” al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L. de la existencia de la adjudicación emitida en su favor.

XIV) A criterio de este Órgano Rector esta particular clase de comunicación representa una práctica irregular, equiparable a la modalidad de “invitar a un proveedor a retirar y/o a notificarse de una orden de compra” y, por consiguiente, debe necesariamente reputarse nula o, en todo caso, inidónea para producir efecto jurídico alguno, máxime cuando de autos no resultan otros elementos que permitan afirmar que la firma interesada tuvo cabal conocimiento de la resolución de que se trata. Lo opinado va en sintonía con la tradicional postura de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, en cuanto ha negado validez a ciertas comunicaciones que sólo informaban la existencia del acto pero no su contenido –ya que ellas sólo implicarían una invitación a concurrir a las oficinas administrativas a notificarse–, precisando que los actos que no habían sido notificados no producían efectos jurídicos (Cfr. Dictámenes, 97:248; 98:149, 113:366, 168:272).

XV) No debe perderse de vista que la notificación de los actos administrativos se constituye como un deber de información impuesto como carga a la Administración Pública en garantía de los derechos de los particulares, vinculándose así su régimen con la garantía de la defensa juicio, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de la buena fe (v. CNCAF, Sala I, Fravega S. A. 12/09/1995).

XVI) Frente a la nulidad y/o ineficacia de la comunicación intentada por correo electrónico de fecha 4 de abril de 2014 –por no contener la reproducción fiel y completa del acto administrativo de adjudicación–, forzoso es colegir que se ha colocado al particular en una situación de indefensión al notificarle el día 9 de junio de 2014 la Orden de Compra Nº 28/2014, perfeccionando de tal modo el contrato. Más aún, si se repara en que a partir de la entrada en vigencia del Reglamento aprobado por el Decreto 893/12 ya no existe la facultad de rechazar una orden de compra una vez notificada, que sí se encontraba prevista en la anterior reglamentación.

XVII) En virtud de todo lo expuesto y como derivación razonada de la adopción de tal criterio tuitivo amplio, debe rechazarse la procedencia de penalidades y sanciones frente al incumplimiento contractual que pudo finalmente haberse configurado en el caso de marras, en la inteligencia de que el vicio acaecido en el procedimiento de selección se ha trasladado al contrato administrativo –en los términos del artículo 7º, in fine, de la Ley Nº 19.549–, sin que sea jurídicamente admisible endilgar al particular las consecuencias perniciosas de una nulidad que no

le es imputable.

XVIII) El artículo 36 del Decreto Delegado N° 1023/01 modificó el texto del art. 7º de la Ley N° 19.549, consagrando la aplicación "directa", y no meramente "analógica", de las disposiciones que conforman el régimen jurídico del acto administrativo a los contratos administrativos; a partir de lo cual cabe concebir al contrato administrativo como una variante del género acto administrativo. Desde esta perspectiva puede afirmarse que resulta indudable la sujeción del contrato administrativo a las disposiciones que estructuran el régimen tanto de validez como de nulidades de los actos administrativos.

XIX) Ergo, la estrecha vinculación de la nulidad, inexistencia y/o ineficacia de la notificación adjudicación con la afectación de garantías de rango constitucional (v.g. derecho de defensa del proveedor, debido proceso adjetivo), justifica que, aun frente a un margen de duda, corresponda pronunciarse en favor del particular (Cfr. Dictamen ONC N° 178/15).

XX) En razón de las consideraciones vertidas esta Oficina Nacional concluye que, a la luz de los antecedentes acompañados en las presentes actuaciones, no corresponde sancionar al proveedor COMERCIALIZACIÓN Y PRODUCCIÓN MAYORISTA S.R.L.