

VISTO:

El Expediente N° 9100-004739/2019 de la Secretaría General y Servicios Públicos mediante el cual el señor **RAÚL HORACIO VOGEL** interpuso reclamo administrativo, expedientes acumulados N° 9130-004396/2019 y N° 7701-002541/2017-00014/2019 ambos de la Secretaría General y Servicios Públicos; y

CONSIDERANDO:

Que el 05 de septiembre de 2019 el señor Raúl Horacio Vogel interpuso reclamo administrativo contra las Resoluciones N° 250/19 y N° 469/19 del Ente Provincial de Energía del Neuquén (en adelante EPEN), mediante las cuales se resolvió y luego ratificó la rescisión del contrato de la obra "Proyecto Remodelación Ex Central Térmica San Martín de los Andes" por razones imputables al requirente;

Que surge de los antecedente que mediante Memorandum N° 011/2017 del 04 de enero de 2017 la Gerencia de Distribución solicitó la intervención de la Gerencia de Obras a fin de proceder con la adecuación de parte de la nave industrial de la ex Central Térmica de San Martín de los Andes, con el propósito de resolver la problemática edilicia del personal de la seccional Regional Sur del EPEN;

Que el 23 de octubre de 2017 el sector de Infraestructura Edilicia del EPEN elevó a la Unidad Administrativa de Contratos y Gestión de Proyectos Especiales, el Pliego de Bases y Condiciones Técnicas para la ejecución de la obra de remodelación de la ex Central Térmica San Martín de los Andes, reseñando los antecedentes y detalles técnicos de la misma;

Que mediante Disposición N° 017/18 del 03 de abril de 2018 la Gerencia de Obras del EPEN aprobó la documentación del Pliego de Bases y Condiciones para la obra mencionada, con un presupuesto oficial de pesos un millón quinientos sesenta y seis mil novecientos cuarenta y tres, con noventa y nueve centavos (\$ 1.566.943,99) más IVA, a valores de septiembre de 2017 y un plazo de ejecución de ciento cincuenta (150) días corridos. Asimismo, autorizó el llamado a Concurso de Precios N° 014/18 para la obra citada;

Que el 04 de junio de 2018 se preadjudicó la obra al señor Vogel. Luego, previo Dictamen N° 002/18 de la Auditoría Interna y Control de Gestión (en adelante OAIyCG), mediante Resolución N° 535/18 del 24 de julio de 2018 el EPEN aprobó lo actuado en el Concurso de Precios N° 014/18 y adjudicó la obra en cuestión al señor Vogel;

Que el 24 de julio de 2018 el EPEN (en adelante, comitente) y el señor Vogel (en adelante, contratista) suscribieron el contrato de obra pública para la remodelación de la ex Central Térmica San Martín de los Andes, a ejecutarse bajo el sistema de ajuste alzado por precio global;

Que mediante Nota de Pedido N° 03 del 05 de octubre de 2018 el contratista solicitó gestionar la redeterminación de precios;

Que el 24 de octubre de 2018 mediante Orden de Servicio N° 03 se dejó constancia que se inspeccionó la obra y que la misma fue hallada en estado de paralización, intimándose al contratista a reanudar las tareas en el plazo de

veinticuatro (24) horas. Luego, el 28 de noviembre de 2018 mediante Orden de Servicio N° 04 se intimó a aumentar el ritmo de la obra atento el exiguo avance de la misma, bajo apercibimiento de aplicar penalidades;

Que el 06 de diciembre de 2018 mediante Orden de Servicio N° 05 se indicó que: *"no se encuentra personal trabajando, la obra se encuentra en un virtual estado de paralización; falta de cerco de obra; falta de limpieza de obra"*. Asimismo, se reiteró la solicitud de incrementar el ritmo de obra y se intimó al contratista a regularizar la misma en un plazo de cuarenta y ocho (48) horas desde su notificación;

Que por Resolución N° 993/18 del 20 de diciembre de 2018 el EPEN aprobó el Adicional N° 01 (ejecutado) de la obra en cuestión por la suma de pesos ciento treinta y siete mil novecientos (\$ 137.900,00) más IVA. Asimismo, amplió el plazo de ejecución de la obra principal en quince (15) días corridos, estableciendo como fecha de finalización el 07 de febrero de 2019, y ordenó liquidar y pagar el certificado relacionado con el Adicional N° 01. Luego, el 21 de diciembre de 2018 el comitente y el contratista suscribieron el correspondiente contrato de adicional de obra;

Que mediante Orden de Servicio N° 06 del 28 de enero de 2019 se practicó una nueva intimación. Luego, por Orden de Servicio N° 07 del 11 de febrero de 2019 se rechazó por improcedente la nota presentada por el requirente el 30 de enero de 2019. Se afirmó allí que no existía ningún fundamento válido para sustentar el abandono de la obra y se rechazó la solicitud de ampliación del plazo contractual puesto que la demora se atribuyó al contratista, sin perjuicio de que el mismo no acudió por la vía legalmente prevista para su solicitud conforme lo dispuesto por el artículo 61° de la Ley 687;

Que el 29 de enero de 2019 el requirente efectuó una presentación ante el EPEN, en respuesta a las Órdenes de Servicio N° 03, 04 y 05, negando que la obra se hallara paralizada y justificó el escaso ritmo de las tareas en el desfasaje económico que habrían padecido. Luego, el 05 de febrero de 2019 efectuó una nueva presentación ante el EPEN, en respuesta a la Orden de Servicio N° 06, en igual sentido que la formulada con anterioridad;

Que el 11 de febrero 2019 se notificó mediante carta documento al contratista del contenido de la Orden de Servicio N° 7. En consecuencia, el contratista respondió mediante nota remitida el 20 de febrero de 2019 a la Gerencia General de Obra, en la que rechazó la misiva por falaz y sostuvo que el comitente se negaba iniciar el procedimiento de redeterminación de precios;

Que el 22 de febrero de 2019 el Área de Administración de Contratos de Obras informó que permanecía pendiente de pago el certificado de obra N°1 Adicional 1 ejecutado, con vencimiento al 14 de febrero de 2019;

Que el 06 de marzo de 2019 la Gerencia de Obras solicitó a la Unidad Técnico Jurídica del EPEN, mediante Memorandum N° 035/2019, evaluar la procedencia de la rescisión del contrato de obra pública por razones imputables al contratista. Se mencionó que, según surgía del informe de inspección del 14 de febrero de 2019, la obra se encontraba en estado de paralización y abandono, con suspensión injustificada de los trabajos por parte del contratista, siendo tal situación

idéntica a la hallada el 18 de enero de 2019. Se indicó que se emplazó al contratista a no paralizar la obra y reanudar las tareas, sin respuesta favorable;

Que previo Dictamen N° 110/19 de la OAIyCG, mediante Resolución N° 250/19 del 12 de abril de 2019 el EPEN rescindió el contrato suscripto para la ejecución de la obra de remodelación de la ex Central Térmica de San Martín de los Andes, con encuadre legal en los artículos 72° incisos c) y h) y 77° de la Ley 687. Dicha norma fue notificada al interesado mediante carta documento;

Que el 26 de abril de 2019 se realizó la recepción provisional de la obra y tras constatar el estado de la misma, se dejó constancia mediante acta que registraba un avance global del treinta y tres con treinta por ciento (33,30%);

Que el 22 de mayo de 2019 el señor Vogel impugnó la Resolución N° 250/19 ante el EPEN y solicitó su revocación, reiterando argumentos vertidos en sus anteriores presentaciones;

Que el 12 de junio de 2019 la Unidad Técnico Jurídica concluyó que el contratista no cumplió con los plazos legales convenidos, no acompañó documentación que respalde sus dichos, ni procedió en legal forma para disminuir el ritmo de las tareas y suspenderlas;

Que previo Dictamen N° 136/19 del OAIyCG, mediante Resolución N° 469/19 del 15 de julio de 2019 el EPEN rechazó el reclamo interpuesto por el señor Vogel contra la Resolución N° 250/19, siendo notificado el 26 de julio de 2019;

Que mediante Resolución N° 571/19 del 21 de agosto de 2019 el EPEN aprobó el instructivo para el cálculo de las redeterminaciones de precios, que según Dictamen N° 170/19 de la OAIyCG se resuelven de acuerdo al criterio sostenido por el Sector de Certificaciones;

Que el 05 de septiembre de 2019 el señor Vogel interpuso nuevo reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial contra la Resolución N° 250/19, lo que originó el caso bajo análisis. Luego, amplió su presentación el 21 de octubre de 2019 solicitando el pago del Adicional N°1 (ejecutado) y la restitución de herramientas que permanecerían en la obra y que no habría podido retirar;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, en tal sentido se procederá a analizar si las Resoluciones N° 250/19 y N° 469/19 del EPEN se encuentran ajustadas a derecho;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Provincial, la Ley 1284, la Ley 687 de Obra Pública, su Decreto Reglamentario N° 108/72, el Pliego General Único de Bases y Condiciones para la Contratación de Obras Públicas, el Pliego Particular de Condiciones de la Obra y el contrato de obra pública;

Que el requirente se agravió por considerar que la Resolución N° 250/19 del EPEN, que dispuso la rescisión del contrato de obra pública con atribución de culpa a su parte, adolecía de nulidad por estar en discordancia con la cuestión de

hecho acreditada, no observar imperativos constitucionales y legales, no cumplir con la finalidad debida y violar principios elementales de la lógica. Solicitó su nulidad, la readecuación de las prestaciones del contrato invocando imprevisión, la aprobación de la redeterminación de precios solicitada y el pago de la suma presuntamente adeudada a raíz del Certificado de Obra Adicional N° 1;

Que del análisis de las normas impugnadas no se advierten vicios que las invaliden, ya que ambas reúnen los requisitos de objeto, competencia, voluntad y forma exigidos por el artículo 39° de la Ley 1284. Las mismas fueron emitidas por la autoridad competente, es decir por el Presidente del EPEN en reunión del Directorio, conforme el artículo 42° de la Ley 1284 y los artículos 6° y 9° de la Ley 2386. Además, se observaron los requisitos de forma: lugar y fecha de emisión, órgano y entidad de quien emana, expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa, individualización y firma del agente interviniente, todos ellos impuestos por el artículo 47° de la Ley 1284;

Que asimismo, las normas cuestionadas se encuentran motivadas conteniendo una relación sucinta y coherente de los antecedentes con la debida subsunción normativa, con indicación del objeto a decidir debidamente preciso y delimitado, conforme los artículos 40°, 51° y 52° la Ley 1284. Además, tal como surge de los antecedentes, ambas normas fueron notificadas al reclamante por cédula y pieza postal, conforme lo previsto por el artículo 53° incisos e) y f) de la Ley 1284;

Que además, la Resolución N° 250/19 del EPEN que es objeto de la pretensión principal del reclamante, dispone la rescisión del contrato de obra pública por encuadrar la conducta del contratista en las previsiones del artículo 72° incisos c) y h) y artículo 77° de la Ley 687;

Que así, el artículo 72° otorga la facultad rescisoria a la Administración cuando *"... sin mediar causa justificada, el contratista no dé cumplimiento al plan de trabajo. Previamente, la Administración lo intimará para que, dentro del plazo que le fije, alcance el nivel de ejecución del plan previsto"* (inciso c) y cuando *"... sin causa justificada el contratista abandonare o interrumpiere los trabajos por plazos mayores de ocho (8) días en más de tres (3) ocasiones o por un período mayor de un (1) mes"* (inciso h);

Que debe resaltarse que mediante las Órdenes de Servicio N° 03 del 24 de octubre de 2018, N° 04 del 28 de noviembre de 2018, N° 05 del 06 de diciembre de 2018, N° 06 del 28 de enero de 2019 y N° 07 del 11 de febrero de 2019, se realizaron permanentes y progresivas intimaciones orientadas a lograr un incremento en el ritmo de las tareas y evitar el abandono de la obra. Asimismo, se advierte que todas ellas fueron efectivamente notificadas;

Que cabe señalar que las Disposiciones Complementarias del Pliego Particular de Condiciones de la Obra (artículo 42°) y el Pliego General Único de Bases y Condiciones para la Contratación de Obras Públicas (Capítulo V: De la Ejecución de las Obras, apartado 5.3.28. 1. Dirección y Vigilancia, punto 8), indican que en la obra deberán llevarse obligatoriamente: *"1°) Libro de actas y órdenes de servicio. 2°) Libro de pedidos y reclamaciones del contratista..."*;

Que seguidamente se indica: "1) *LIBRO DE ACTAS Y ORDENES DE SERVICIO*. Este libro será inicializado en todas sus fojas por la Dirección y se destinará al asiento de las actas que se labren en cada etapa de la obra, en relación al comportamiento por parte del contratista de las exigencias del contrato, y desarrollo de las obras y a toda otra constancia que la Inspección juzgue necesario consignar. Solo será usado por la Inspección y el personal debidamente habilitado para ello, en cuyo caso se dejará constancia previa en el mismo. (...) Ningún reconocimiento podrá hacerse en virtud de órdenes de servicio que no sean extendidas con las formalidades reglamentarias. (...) En las órdenes de servicio se consignará el término dentro del cual debe ser cumplida";

Que se advierte que la comunicación entre las partes a los fines del contrato se formalizó mediante los referidos libros;

Que el Tribunal Superior de Justicia (en adelante TSJ) sostuvo que el pliego: "... es la principal fuente de donde derivan los derechos y obligaciones de las partes intervinientes, a la cual hay que acudir, en primer término, para resolver todas las cuestiones que se promuevan, tanto mientras se realiza la licitación, como después de adjudicada y durante la ejecución del contrato (...) por tal razón, se lo denomina la ley del contrato (...) De lo expuesto queda claro, que el Pliego de Condiciones del contrato cumple una doble función, en tanto, por una parte, indica a los interesados las condiciones que deben reunir sus ofertas y, por la otra, cuando el contrato nace, se convierte en cláusulas contractuales rectoras de sus efectos jurídicos";

Que en este sentido indicó que: "Si esto es así, se puede afirmar, que en la contratación administrativa no rige el principio de la autonomía de la voluntad propia de los contratos civiles. El acuerdo de voluntades se produce por la adhesión del co-contratante a las cláusulas prefijadas por la Administración Pública y el margen de discusión se limita a la aceptación o no de las cláusulas contenidas en el pliego. De esto se derivan dos importantes consecuencias. En primer lugar, que la adjudicación o la formalización del contrato deba hacerse sobre las bases precisas del pliego que determinaron la adjudicación (...) En segundo lugar, requiere del particular un cuidado y una previsión acordes al procedimiento que regla la manifestación de voluntad: El contratista, cuando efectúa su oferta, debe ser riguroso en el análisis que lo lleva a hacerla, porque no sólo el margen de discusión de las condiciones es estrecho, sino que generalmente los contratos con la administración son de envergadura o se prolongan en el tiempo... ";

Que finalmente señaló: "En este punto, debe recordarse que quien contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario: aún cuando actúe en situaciones de subordinación económico-jurídica respecto de las personas públicas comitentes, es un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos públicos (...) quien contrata con la Administración debe observar un comportamiento oportuno, diligente y activo." (TSJ, "Pirelli Cables S.A.I.C. c/ Ente Provincial de Energía de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expediente N° 352/02, Acuerdo N° 1374 del 31 de mayo de 2007);

Que en función de lo expuesto, el análisis relativo a los incumplimientos que el comitente atribuyó al reclamante debe comenzar por "la ley del contrato", es decir, el pliego licitatorio. En tal sentido cabe señalar, en cuanto a las obligaciones que asumió el contratista, que en el artículo 26° del Pliego Particular

de Condiciones de la Obra – Parte A menciona el Libro de Actas y Órdenes de Servicio como el medio para recibir instrucciones y observaciones que formule la Inspección en cada visita que realice en la obra;

Que así, por disposición del referido artículo: "*Toda orden apuntada en el libro, se entenderá dada dentro de las estipulaciones del contrato (...) Cuando el contratista considere que en cualquier orden impartida se exceden los términos del contrato, podrá al notificarse, manifestar por escrito su disconformidad con la orden recibida, sin perjuicio de presentar a la Dirección de Obras, en el término de quince (15) días una reclamación fundando las razones que lo asisten para observar la orden recibida*";

Que pues bien, como es lógico el Pliego preserva la posibilidad del contratista de impugnar una orden de servicio siempre que lo haga de manera fundada. No obstante, y atento el fin público que inspira la contratación administrativa, la prosecución de la ejecución contractual es un elemento pilar de toda contratación pública, de allí que el Estado asegure el cumplimiento mediante la preeminencia de las características cláusulas exorbitantes del derecho común;

Que el citado artículo 26° es categórico al prescribir: "*La observación del contratista, opuesta a cualquier orden de servicio no lo eximirá de cumplirla, si ella fuera mantenida por la Dirección de Obras*". En este caso, el contratista ha hecho caso omiso a cada intimación practicada por el comitente, no acudió al mecanismo contractual previsto para solicitar la prórroga del plazo de cumplimiento o bien la disminución del ritmo en la ejecución de la obra;

Que a continuación, el artículo 27° dispone: "*Para tener derecho a la prórroga, el Contratista deberá dirigirse por escrito en Nota de Pedido a la Inspección indicando las causas que originaron la demora, a fin de que esta pueda comprobar los hechos o circunstancias denunciadas*";

Que por su parte, el artículo 61° de la Ley 687 establece: "*Cuando la mora en los pagos de la Administración lesione el presupuesto financiero previsto por el contratista para la obra, éste tendrá derecho a solicitar se autorice la disminución del ritmo de los trabajos y ampliación del plazo del contrato acompañando las pruebas necesarias*". Ello no consta acreditado en las actuaciones, pues el contratista sostuvo un quiebre en la ecuación económico financiera sin más aporte que una referencia somera a datos estadísticos. Luego, decidió unilateralmente disminuir el ritmo de las tareas hasta finalmente abandonar la obra;

Que al respecto, es oportuno remitir al Dictamen N° 110/19 de la OAIyCG del EPEN que sostuvo: "*... la simple lectura de los antecedentes del contrato da por tierra con este argumento del Contratista porque era un contrato con un plazo de ejecución de ciento cincuenta (150) días corridos y – pese a haber percibido un anticipo financiero del 30% en el mes de agosto – la obra comenzó a atrasarse inmediatamente desde la segunda certificación mensual de septiembre de 2018 (...) y luego fue aumentando gradualmente el atraso respecto al avance acumulado previsto en el Plan de Trabajos aprobado. A esa fecha (segundo mes de obra) y habiendo pagado un anticipo financiero del 30% no era posible que existieran atrasos en los pagos de tal magnitud que incidieran de tal modo en el avance de la obra*";

Que cabe resaltar que el comitente, al momento de proceder con la recepción provisional de la obra, efectuó las correspondientes mediciones que arrojaron como resultado al 26 de abril de 2019, un avance global del treinta y tres con treinta por ciento (33,30%);

Que desde otro vértice, el requirente en su reclamo afirmó: "*Ya en diciembre de 2018, y no habiendo obtenido respuesta alguna a mi oficiosos planteos, presenté la nota de fecha 07/12/18 mediante la cual expuse que; '... teniendo en cuenta que desde el mes de Abril/18 a Diciembre/18, se ha verificado un aumento de más de 35% en los costos de la Construcción – según datos suministrados por la Dirección Provincial de Estadísticas y Censos de la Provincia del Neuquén-, invoco a los efectos de obtener una adecuación del contrato lo normado en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por Ley N° 26.994, que disciplina el instituto de la 'imprevisión' en su artículo 1.091...'*";

Que la teoría de la imprevisión se arraiga en el principio de buena fe y en la prohibición del abuso de derecho que debe regir en toda convención. Así, el carácter bilateral del contrato importa que las partes asuman el compromiso de cumplir con la prestación a su cargo que fuera negociada y prevista al momento de contratar. Por lo que, la mencionada teoría viene a recuperar el equilibrio conmutativo a fin de que el hecho extraordinario e imprevisible no ocasione la ruina del deudor ni el enriquecimiento sin causa del acreedor;

Que esta teoría es receptada por el artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual expresa que: "*Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación.*";

Que de este precepto se extraen los elementos típicos de la imprevisión: 1) excesiva onerosidad sobreviniente; 2) alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato; 3) causa ajena a las partes; 4) superación del riesgo asumido;

Que explica Carlos Francisco Balbín que a efectos de recomponer las prestaciones convenidas en el marco de la imprevisión es menester acreditar: "*... acontecimientos no habituales según el curso normal y habitual de las cosas o imposibles de prever – aun cuando el sujeto hubiese actuado de modo diligente–. Por tanto, el hecho imprevisible no es propio del riesgo o álea del contrato*";

Que en este orden de ideas, continúa exponiendo Balbín con cita de un fallo de la Corte Federal, que: "*... el aumento de los costos de producción ocurrido como consecuencia de un proceso inflacionario desatado ya a la época de la orden de compra: mayo de 1971, no puede considerarse un acontecimiento imprevisible, porque desde años atrás había sido continuo el aumento de salarios e insumos industriales...*" (Balbín, Carlos Francisco, "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo IV, 2ª edición, Bs. As, 2015, página 804-805);

Que asimismo, respecto de la procedencia de la imprevisión, sostiene Cassagne que el acontecimiento que provoca el desequilibrio no debe ser normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad de las partes y agrega como condición de su configuración, que el contratista no hubiera suspendido la ejecución del contrato (Cassagne, Juan Carlos, "El Contrato Administrativo", 2ª edición, Lexis Nexis – Abeledo Perrot, Bs.As, 2005, página 138);

Que el TSJ explicó que en materia de imprevisión: *"La cuestión traída a estudio se circunscribe a un pedido de revisión contractual, fundado en la mayor onerosidad sobreviviente a consecuencia de hechos imprevisibles que habrían alterado los términos originales del contrato que vinculara a las partes. La teoría de la imprevisión, incorporada en forma expresa a nuestro derecho por la reforma introducida por la ley 17711 al art. 1198, permite demandar la resolución o la revisión de los contratos cuando la prestación a cargo de una de las partes se torne excesivamente onerosa debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles. Para su aplicación es necesario que se alegue la existencia de hechos extraordinarios o imprevisibles, la alteración económica del contrato por excesiva onerosidad y la relación de causalidad entre una y otra. La existencia de estas condiciones que, en última instancia, deben ser apreciadas en forma prudencial por el juzgador, tienen que ser acreditadas por quien las alega..."*;

Que luego indicó: *"Respecto a si los acontecimientos en que se sustenta la pretensión, son extraordinarios e imprevisibles debe señalarse que, este aspecto, requiere de suma cautela por parte del juzgador, puesto que en la apreciación de estas circunstancias opera, en un amplio margen, el prudente arbitrio judicial. Ello así, porque debe tratarse no de un acontecimiento cualquiera de orden normal que un hombre prudente pueda prever, sino, justamente, de hechos extraordinarios que no han podido preverse"* (TSJ, "Guarini Carlos Alfredo c/ Provincia de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", Expediente N° 716/03, Acuerdo N° 1575 del 06 de abril de 2009);

Que en función de lo expuesto, resulta evidente que en el caso no concurren acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que habiliten la procedencia del instituto, toda vez que el incremento de los costos y precios derivados de la inflación crónica que caracteriza a la economía nacional no posee la entidad suficiente para ser considerado extraordinario, ni siquiera imprevisible. Tal es así que en materia de contratación de obra pública, los pliegos de bases y condiciones y las leyes que rigen la materia, han implementado sistemas de recomposición de precios y costos a fin de resguardar el equilibrio de la ecuación económica financiera;

Que respecto al planteo relativo a la redeterminación de precios, tal como fuera indicado por el propio comitente, el mecanismo está previsto en el artículo 49° en la Disposiciones Complementarias del Pliego Particular de Condiciones de la Obra, así como en el artículo 79° y subsiguientes de la Ley 687 y su Decreto Reglamentario N° 108/72;

Que la redeterminación de precios fue solicitada por el contratista mediante Nota de Pedido N° 03 del 05 de octubre de 2018 y a la fecha no se cuenta con el acto administrativo que apruebe la adecuación de los costos solicitada. En este punto, el OAIyCG del EPEN sostuvo: *"Los tiempos que insumen los trámites deben encontrarse dentro del marco legal establecido, al que debe*

agregarse un entorno de razonabilidad. Las demoras en las que se incurren no solo afectan a la Organización, que no cuenta con los bienes y/o servicios que pretende adquirir, sino también a los terceros con los que la misma se vincula”;

Que ahora bien, partiendo de considerar que la Administración ha rescindido el contrato de obra debido a los reiterados incumplimientos de la contratista, corresponde realizar el siguiente análisis;

Que es sabido que el precio estipulado en el contrato de obra pública es la contraprestación dineraria que paga el comitente a cambio de la ejecución y entrega de la obra adjudicada. Al encontrarse involucradas prestaciones onerosas y generalmente de larga duración, el precio nominal expresado en el contrato distará de su valor real, el que será cierto y determinado en el momento en el que se confeccione el certificado de final de obra;

Que en este punto, la doctrina se cuestiona qué es lo que paga el comitente, si es la ejecución del trabajo o la obra terminada. Al respecto, es conveniente comprender que, sin perjuicio de que el contrato supone una obligación de resultados, es decir la obra a cambio del precio, la evolución en la ejecución de los trabajos constituye prestaciones que conducen al resultado final (Barra, Rodolfo Carlos, “Contrato de Obra Pública”, Tomo III, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., página 894);

Que hasta tanto la obra no se encuentre concluida a satisfacción del comitente, el constructor no habrá cumplido con la obligación a su cargo y, por lo tanto, no será acreedor de la contraprestación esperada, es decir del pago del precio de la obra. En suma, durante la etapa de ejecución de los trabajos no hubo, para ninguna de las partes, cumplimientos definitivos. Toda actuación en el marco del contrato hasta la finalización definitiva de la obra, reviste carácter provisional. Este es un aspecto que debe subrayarse;

Que de a allí que todo lo hecho y lo pagado será enmendable. Así pues, si bien se van efectuando pagos a medida que se van ejecutando trabajos y tareas, tales ejecuciones parciales no constituyen el cumplimiento del contrato (obligación de resultados), ni las erogaciones parciales constituyen “pago” como modo de extinción de las obligaciones, en el sentido establecido por el artículo 865° Código Civil y Comercial de la Nación;

Que este razonamiento encuentra sustento en el principio de indivisibilidad del precio y de la obra. Y se materializa en la facultad del comitente de descontar pagos efectuados en demasía, por ejemplo por mal medición de lo hecho, de las posteriores certificaciones o del fondo de reparo, siempre hasta el certificado final que da por concluida la obra;

Que sostiene la última doctrina citada, que esta suerte de anomalía se debe a la distinción entre pago en sentido jurídico y en sentido financiero-económico. Es que la existencia de pagos parciales (certificados provisorios de obra, certificados de redeterminación provisorio) se fundamentan en la economía del contrato, es decir pretenden evitar que el contratista asuma un sacrificio que el derecho no exige, y con ello asuma el costo de financiación de una obra que la lleve a la ruina;

Que no obstante, será al momento de la liquidación final de obra, una vez terminada la misma, cuando se efectúen las operaciones contables que arrojen un resultado definitivo que confirmen o no, el cúmulo de erogaciones provisionales. Así pues, ninguna erogación previa a la conclusión de la obra reviste efectos cancelatorios, por cuanto la obra no está concluida, por consiguiente no existe todavía el cumplimiento de la prestación del contratista, cuya contraprestación es el precio de la obra;

Que por ello se interpreta que los pagos realizados durante la ejecución de la obra son provisionales y a cuenta, lo que permite al comitente, por ejemplo, descontar en los sucesivos certificados aquellas sumas liquidadas abonadas de más;

Que así, indica la doctrina que: *"Esto no le quita valor a los pagos parciales, que son exigibles, pero no cancelatorios, de lo contrario, si lo fuesen, tampoco serían revisables por parte de la Administración las partes de avance de obra a que tales pagos se corresponden, conforme con el principio de la equivalencia de las prestaciones (...) el pago a cuenta no prejuzga ninguna cuestión sobre la efectiva entidad del crédito final del constructor. El pago a cuenta en carácter provisional, sin efectos cancelatorios y no implica reconocimiento del crédito del contratista (y tampoco agrego, de la entidad del débito del comitente) reconocimiento que sólo ocurrirá en el momento de la recepción definitiva y liquidación final"* (Barra, Rodolfo Carlos, "Contrato de Obra Pública", Tomo III, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Bs. As., página 897);

Que en definitiva, las operaciones de certificación y los pagos provisionales en el contrato de obra pública, no son más que un método de contabilización de las tareas y trabajos realizados, una suerte de mensura o relevamiento. Esta expresión contable constituye una valoración de prestaciones cumplidas por el contratista, que además constituirán los sedimentos de la liquidación y pago final a cargo del comitente, la que deviene en definitiva sólo con la emisión del certificado final de liquidación;

Que así, solo el ente comitente se encuentra en condiciones de valorar las prestaciones cumplidas por la reclamante y la procedencia o no de la redeterminación de precios por etapas contractuales cumplidas. En caso de resultar reconocida una adecuación de costos de los factores productivos empleados en el porcentaje de obra ejecutada, la misma quedará a resultas de las liquidaciones que deba practicar el ente comitente, en función de las consecuencias derivadas del incumplimiento imputado a la reclamante;

Que desde otro vértice, el contratista se agravió por la falta de pago de las tareas adicionales realizadas en septiembre de 2018 y que debieron efectuarse previo al inicio de la obra licitada. Tales tareas se llevaron a cabo por el contratista debido a la carencia de recurso humano disponible en el ente contratante que le permitiera realizarlas directamente;

Que dichos trabajos se ejecutaron en septiembre de 2018, el comitente aprobó las tareas el 20 de diciembre de 2018 mediante Resolución N° 993/18, no obstante, tal como surge de la certificación contable de facturas emitidas al 22 de febrero de 2019, no hay constancia de que las mismas se hayan abonado;

Que así, a efectos de evitar responsabilidad contractual del Estado, no siendo controvertida por las partes la legitimidad y ejecución de la obra encomendada, por el contrario, hallándose en cuestión el pago como cancelación de la obligación asumida por el comitente, se recomienda su erogación, si no se hubiera abonado a la fecha de notificarse la presente norma;

Que con relación al pedido de restitución de las herramientas afectadas a la obra, no surge de las actuaciones inventario de los bienes incorporados a la misma. No obstante, en función de la casual de extinción contractual que operó en el presente caso, la suerte de los enseres se supedita al ejercicio de la prerrogativa que el artículo 77° inciso d) de la Ley 687 otorga al comitente. En cuyo caso, solo corresponderá su restitución si el EPEN decidiera prescindir de las mismas;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas, corresponde rechazar el reclamo administrativo interpuesto por el señor Raúl Horacio Vogel, haciendo lugar solo al reclamo del pago de los componentes adeudados con motivo de las tareas adicionales, debiendo remitirse las presentes actuaciones al EPEN a fin de que tome razón de lo aquí expuesto;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que el solicitante se considere con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen N° 186/2019;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

DECRETA:

Artículo 1º: HÁGASE LUGAR PARCIALMENE al reclamo administrativo interpuesto por el señor **RAÚL HORACIO VOGEL**, solo en lo relativo al pago de los componentes adeudados con motivo de las tareas adicionales de la obra "Proyecto Remodelación Ex Central Térmica San Martín de los Andes", en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: REMÍTANSE las actuaciones al Ente Provincial de Energía del Neuquén a fin de que tome razón de lo aquí expuesto.

Artículo 3º: Notifíquese al interesado lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 4º: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro Jefe de Gabinete.

Artículo 5º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.



Firmado digitalmente por GONZÁLEZ Diego Sebastián



Firmado digitalmente por GUTIERREZ Omar