

Cuadernillos de Derecho Administrativo

Alberto Biglieri



**Comentario al Fallo:
Asociación Técnico Constructora S.A.
c. Provincia de Buenos Aires
Instituto de la Vivienda**

 **Utsupra.com**

edición 2011

Alberto Biglieri

**Comentario al Fallo:
Asociación Técnico Constructora c.
Provincia de Buenos Aires
(Instituto de la Vivienda)**

Utsupra.com Editores

Alberto Biglieri

Comentario a fallo:

Asociación Técnico Constructora S.A. c. Provincia de Buenos Aires (Instituto de la Vivienda)

Primera Edición - Buenos Aires, Utsupra.com, 2011.

46 páginas. Dimensiones de la Obra: 240 mm x 170 mm.

ISBN 978-987-23946-...-...

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723.

Derechos Reservados. Prohibida su reproducción total o parcial.

Copyright (c) 2011 by Utsupra Data UDSS S.A. Buenos Aires, Argentina.

<http://www.utsupra.com> 54-11-6040-1111

Dedicado a Francesca y Josefina

Las Vías Excepcionales

La Emergencia

La Documentación

Los Escribanos

Los Trámites

Los Negocios

Los Pleitos

La Justicia

El Libro

El Autor

ÍNDICE

PRÓLOGO	
DR. DIEGO H. MORETTI	11
TEXTO DEL FALLO COMPLETO	13
COMENTARIO AL FALLO	
ASOCIACIÓN TÉCNICO CONSTRUCTORA S.A.	
C. PROVINCIA DE BUENOS AIRES - INSTITUTO DE LA VIVIENDA	
DR. ALBERTO BIGLIERI	
INTRODUCCION	25
LAS VÍAS EXCEPCIONALES DE CONTRATACIÓN	26
LA EMERGENCIA	26
LA DOCUMENTACIÓN Y LOS PLIEGOS	27
LAS ESPECIFICACIONES CONFUSAS	28
LOS TRABAJOS ADICIONALES RECONOCIBLES	28
LAS MENCIONES EXPRESAS EN LA DOCUMENTACIÓN	30
LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO Y LA BUENA FE	30
LA IMPERICIA EMPRESARIAL Y EL CONOCIMIENTO PÚBLICO	31
CONCLUSIONES	33
CITAS LEGALES	35

PRÓLOGO

Desde hace varios años que en nuestro fondo editorial, soñábamos con la divulgación del Derecho, de la Ciencia que estudiamos desde que empezamos las carreras de grado y dicho sueño abarcaba a la faz editorial. Los libros.

Claro que esos años pasaron y el crecimiento en el segmento, fue el resultado de el mencionado amor a estos papeles encuadernados, su artística, sus tapas, tintas. La cantidad de lectores con el tiempo se fue incrementando y también la operación de la editorial, Utsupra, que tanto esfuerzo terminó resultando en estas primeras obras, hoy ya son 8 títulos, y nos permitieron conocer a autores de temple.

Desde Álvaro Gutiérrez Zaldívar, el primer autor de la Editorial, con su obra abarcativa del Notariado argentino, luego se agregó el Dr. Halabi, con su epopeya constitucional de lograr la primer acción de clase en el País, avalada ni más ni menos que por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Luego Ana María Kemper con sus nuevas tecnologías y el derecho, la ex Directora de la Revista Internacional del Notariado, Griselda Jatib y su infinito trabajo al frente del Sector Internacional de la empresa.

Hace no mucho, las Dras. Mabel Lovecchio y Graciela Rizzo, con su investigación a fondo del tema de los honorarios profesionales de los abogados, esa área no tan bella pero que determina el futuro, bienestar económico y por qué no, el desarrollo profesional pleno, que configura un abogado bien pago.

Decía, en su prólogo Laura Calógero y en su momento Vice Presidente orgullosa de nuestro C.P.A.C.F.: "Son luchadoras diarias por la dignidad abogadil, con vasta experiencia y conocimientos en el área, dando a sus colegas las respuestas que necesitan de su Institución; respuestas claras y concretas en las cuales el colega se siente verdaderamente representado." "Nuestros honorarios fueron golpeados una y otra vez; gracias a muchos colegas que han decidido que esto no volviera a ocurrir es que nos encontramos con obras como ésta, cuya lectura se torna obligatoria."

Todos nuestros autores, hasta ahora no fueron sólo eso, autores, se convirtieron en amigos e impulsores, por ello que estas obras son también sus hijos y fueron concebidas con esfuerzo y dedicación extrema.

Casi cumplida la mitad del año 2011, y la Interamerican Bar Foundation, contó con su homenaje en la obra DEMOCRACIA EN LA AMERICA DEL SIGLO XXI con nuestros históricos, primeros ejemplares nacidos en los talleres propios de la empresa.

Así es, cuando muchas grandes editoriales están abandonando estas obras del papel, nosotros venimos a rescatar las obras de arte que configuran estos libros, estos hijos de autores, destacados juristas todos.

Por eso entendemos que estas líneas son merecidas por otro grande que se incorpora a este Club de Autores de Utsupra.com, el doctor y profesor del derecho argentino, soslayando su destacada actuación internacional académica: Alberto Biglieri.

Diego H. Moretti
Presidente
Fondo Editorial Utsupra
Utsupra Data UDSS S.A.

TEXTO DEL FALLO COMPLETO

ASOCIACIÓN TÉCNICO CONSTRUCTORA C. PROVINCIA DE BUENOS AIRES - INSTITUTO DE LA VIVIENDA

Suprema Corte de Justicia de la PBA.

La Plata, abril 21 de 2010.

Antecedentes: I. La empresa Asociación Técnico Constructora S.A., mediante apoderado, promueve demanda contencioso administrativa contra la Provincia de Buenos Aires (Instituto de la Vivienda) con el objeto de que este Tribunal reconozca judicialmente y ordene el pago de una suma de dinero a determinar en concepto de "trabajos adicionales" por perforación de pozos de captación de agua potable en 125 viviendas en la localidad de Olavarría, con más actualización monetaria e intereses hasta el momento del efectivo pago.

II. Corrido el traslado de ley, se presenta en autos la Fiscalía de Estado, sosteniendo la legitimidad del actuar administrativo, y por tanto, solicitando el rechazo de la demanda.

III. Agregadas las actuaciones administrativas sin acumular, no quedando prueba pendiente de producción y glosado el alegato de la parte demandada, la causa quedó en estado de pronunciar sentencia.

¿Es fundada la demanda?

El doctor Soria dijo:

I. La firma Asociación Técnica Constructora S.A. resultó adjudicataria de un concurso de precios realizado por el Instituto Provincial de la Vivienda para la construcción de 125 viviendas en Olavarría (Plan FONAVI), en el marco de la vía directa excepcional prevista en los arts. 9º inc. "d" y 10 de la ley 6021, verificándose su vinculación jurídica con la Provincia de Bue-

nos Aires a través del Contrato de Obra Pública 1/87, el 13/I/1987.

Afirma la actora que dentro de los trabajos cuya cotización requirió el Instituto demandado, se hallaba la exigencia de la memoria descriptiva de tales obras que indicaba que la provisión de agua a las viviendas a ejecutarse se efectuaría "... por medio de una perforación por vivienda la cual se complementará con un tanque de reserva de 1.000 lts."

Tal perforación, prosigue, según surgía de los antecedentes del concurso ubicaba la napa de agua a una profundidad de aproximadamente 20 metros, es decir, un parámetro de perforación convencional para la provisión de agua potable, por lo que la oferta propuesta tomó tal premisa como sustento.

Asegura que, comenzados los trabajos de ejecución de la obra, surgieron inconvenientes que motivaron diversas consultas a la Inspección de Obra, atento a que no era posible perforar por medios convencionales dada la presencia de un "manto rocoso", y que, a su vez, el agua encontrada a la profundidad sugerida por la Municipalidad de Olavarría no era potable.

Por tales razones, apunta, se puso en conocimiento de la Administración que la mencionada circunstancia constituía un hecho "absolutamente imprevisto e imprevisible a la hora de la oferta" (sic). Formulándose además, consideraciones acerca de los resultados emergentes de las pocas perforaciones realizadas, con resultados desalentadores en cuanto al hallazgo de un acuífero con agua potable. A tales fines, la empresa constructora asegura haber sugerido una modificación del sistema de provisión de agua, consistente en la materialización de un pozo único para el barrio en construcción.

Indica que ante la negativa de la autoridad de aplicación, y dada la complejidad del trabajo debió realizar por su cuenta y costo 125 perforaciones mediante la contratación de un "vagón perforador hidráulico sobre orugas RO 812H", de propiedad de la firma Cementos Avellaneda S.A., mientras intentaba obtener administrativamente, el reconocimiento de tales erogaciones mediante la forma reglamentada como "trabajos adicionales".

Explica que dadas las hostiles condiciones del terreno, debieron perforarse un total de 2.400 metros, en razón de desmoronamientos de la renilla in-

terior de algunos de ellos, como asimismo roturas de piezas que debieron ser solventadas por la empresa.

Relata que a partir de la nota de pedido nro. 102, se dejó constancia de las vicisitudes de la obra y se cotizaron los trabajos adicionales efectuados. No obstante la entidad provincial, mediante resoluciones nro. 201/90 y 2275/90, rechazó la solicitud de pago de dichas obras, así como el recurso de revocatoria oportunamente interpuesto, con el fundamento de que los infortunios sufridos por la empresa constructora debían haber sido previstos por la contratista en el momento de realizar la oferta para contratar.

Alega que su obligación como contratista era la de ejecutar los trabajos como fueron previstos en el pliego, del cual no surgía la necesidad de perforaciones de alta complejidad como las que, en definitiva, debieron realizarse.

Estima que el gasto integral en que incurrió, al momento de la obra, ascendería a 423,36 australes por pozo, monto que, actualizado y con intereses legales, en definitiva es aquél cuyo reconocimiento y pago persigue mediante la acción.

Funda su derecho en normas de la ley 6021 y su reglamentación.

Hace reserva del caso federal.

Ofrece prueba documental, testimonial, informativa, instrumental y pericial geológica.

II. Al contestar la demanda, la Fiscalía de Estado alega que la pretensión es infundada, razón por la cual corresponde rechazarla.

Expone que según surge de las Especificaciones Técnicas Particulares de la instalación sanitaria que rigieron la obra, las profundidades indicadas para las perforaciones de bombeo y caño camisa deben considerarse como "puramente indicativas" y no como definitivas e incondicionales.

Asimismo, anota que existió un Estudio de Suelos previo, cuya memoria técnica se realizó sobre la base de 24 sondeos -de 5 metros de profundidad cada uno-, derivando de los mismos que en distintos lugares del predio "se detectó el "techo" de un manto rocoso y niveles de suelo muy

cementados" y, a partir de allí, se presentan como "muy compactos" a "duros" y "muy duros" hasta el límite de la perforación.

Aduna que en el punto VI de dichos estudios de factibilidad preliminares, se previó expresamente la posibilidad de que por razones constructivas debiera excavarse por debajo de la cota de apoyo prevista, incluso si demandaran "un esfuerzo importante dada la alta compacidad y la presencia de fuertes cementaciones en estos suelos".

Lo relatado -continúa- permitiría afirmar que tales circunstancias debieron haber sido previstas por la contratista al momento de cotizar los trabajos, puesto que conocía tal situación, en virtud de lo cual, la decisión administrativa de denegar el pedido de reconocimiento de trabajos adicionales mediante los actos administrativos impugnados, deviene en una legítima aplicación de las normas que regularon la contratación.

Sostiene que la demandante intenta vanamente parcializar la información con que contaba al momento de cotizar la presente obra, tratando de obviar aquélla que no acuerda derecho a su pretensión.

Manifiesta que en caso de haber estimado la contratista que la información del pliego resultaba contradictoria, debió haber diligentemente utilizado los mecanismos aclaratorios pertinentes de acuerdo a la cláusula décimo tercera del Pliego de Condiciones y no, como efectivamente sucedió, pretender un resarcimiento posterior para cubrir las consecuencias de su propia negligencia.

Ofrece prueba instrumental. Hace reserva del caso federal.

III. De las actuaciones administrativas agregadas a la causa sin acumular, surgen los siguientes datos útiles a los fines de hallar la solución al presente litigio:

1. Por resolución 1367 del 15/IX/1984, el Instituto Provincial de la Vivienda aprobó el Plan de Obra y convocó a una licitación para realizar el proyecto de "Construcción de 125 viviendas (plan FONAVI) en la ciudad de Olavarría" (v. fs. 126 del expte. adm. 2416-6661/84).
2. A fs. 6, 8, 15/19, 34/35, 44, 54/67, 70 y siguientes, se agregan las constancias de los antecedentes técnicos para la obra (memoria técnica, estu-

dio de suelos, informe de la Municipalidad de Olavarría detallando el sistema de aguas, Pliego de Bases y Condiciones de la obra y nota de Especificaciones técnicas).

3. Con fecha 13/I/1987 (y luego de haberse re-suelto la adjudicación de la obra por resolución 1038, del 3/IX/1986) se celebró un contrato entre el citado instituto y la empresa Asociación Técnica Constructora S.A. para la "construcción de 125 viviendas en Olavarría -Plan FONAVI-, en el marco de la vía directa excepcional consagrada por los artículos 9 inciso d) y 10 de la Ley 6021, y de acuerdo a la cotización ingresada por la nombrada en cumplimiento de las disposiciones del Decreto N° 4269/85, en un todo de acuerdo con el Pliego General de Bases y Condiciones para la Contratación de la Obra, Memoria descriptiva, Especificaciones Técnicas, Cláusulas Particulares, Planos y demás documentación que integra el Legajo junto con su propuesta presentada para la Licitación Pública N° 76/84" (v. fs. 208/201 y 269/272 del expte. adm. citado).

4. Iniciada la obra, por nota de pedido nro. 116 del 12/X/1988 la actora denunció ante la Inspección de Obra la inutilidad de las excavaciones realizadas en procura de agua para el sistema de bombeo, de acuerdo a los términos previstos en los pliegos constitutivos (v. 1/4 del alcance nro. 27 del expte. adm. 2416 6661/84). De igual manera, mediante notas de pedido nros. 99, 102, 107 y 111 (v. fs. 24, 25/27, 30/34 y 35 del citado alcance nro. 57), la empresa dejó constancia del detalle de las excavaciones realizadas, denunció obstáculos rocosos "imprevisibles" y efectuó una propuesta alternativa de provisión de agua (mediante un sistema central de distribución).

5. En el alcance nro. 57 del cuerpo administrativo mencionado, se sustanció el trámite de solicitud de reconocimiento de trabajos adicionales por parte de la contratista. Así, a fs. 2/3, 4, 8/11 y 22 obran informes técnicos de diversas dependencias del Instituto Provincial de la Vivienda, acerca de las condiciones del suelo y los mecanismos de excavación necesarios para encontrar agua potable en la zona de construcción.

6. Por Ordenes de Servicio nros. 126, 129 y 145, la Administración rechazó el pedido de trabajos adicionales en los términos del art. 32 de la ley 6021 (v. constancias obrantes a fs. 54, 55 y 60 del expte. citado).

7. Con fecha 31/III/1989, la empresa ATC presentó un reclamo formal para el reconocimiento de los mayores montos que implicó la realización de excavaciones con un equipo de alta complejidad (v. fs. 62/66, expte. cit.).

8. Previos dictámenes de la Asesoría General de Gobierno, la Contaduría General y la Fiscalía de Estado (v. fs. 85, 86 y 87), mediante resolución 201 del 13/II/1989, el Subadministrador General del Instituto Provincial de la Vivienda desestimó el pedido de reconocimiento de trabajos adicionales, en el entendimiento de que las dificultades geológicas e hidrológicas denunciadas ya eran conocidas por la contratista al momento de cotizar sus trabajos.

9. Ante ello, la firma constructora interpuso re-curso de revocatoria (v. fs. 92/98), siendo el mismo desestimado por resolución 2275 del 5/X/1990, poniendo fin a la cuestión en sede administrativa (v. fs. 153 del alcance nro. 57).

IV. La cuestión a resolver consiste centralmente en dilucidar si la actora tiene derecho a que le sean reconocidos como "trabajos adicionales" -aunque no fundamenta jurídicamente su pretensión más allá de una genérica remisión a la Ley Provincial de Obras Públicas- las tareas efectivamente cumplidas en el trámite de la excavación de 125 pozos de provisión de agua y bombeo, en la obra detallada supra.

a. Tiene dicho este Tribunal que revisten el carácter de trabajos adicionales -y deben ser reconocidos como tales- los que no aparecen establecidos claramente ni en los planos ni planillas de la obra, ni en el presupuesto oficial o en la documentación relativa a la obra que se refiere, ni su construcción es reglamentariamente obligatoria ni imprescindible, sino sólo conveniente (conf. doct. causas B. 43.825, sent. de 29/IX/1965 y B. 50.442, "CACIC S.C.A.", sent. del 20/II/1990).

Ahora bien, el reclamo de la empresa actora deducido en tales términos, encuentra un primer escollo en el art. 35 de la ley 6021 que dispone: "No podrá el contratista por sí, hacer trabajo alguno sino con estricta sujeción al contrato. Los materiales de mejor calidad o la mejor ejecución empleada por el contratista no le darán derecho a mejora de precios. En caso de fuerza mayor debidamente justificada, la repartición podrá autorizar el empleo de materiales de distinta calidad previo reajuste del precio en la me-

da que corresponda".

La norma transcripta sienta el principio de inmodificabilidad del proyecto por parte del contratista, quien no está autorizado a realizar trabajos adicionales, o a sustituir unos materiales por otros de diferente calidad, sin previa autorización del comitente (doct. causa B. 49.510, "Cadi S.R.L.", sent. del 14/IV/1987, Acuerdos y Sentencias, 1987-I, 572).

b. No obstante ello, la actora sustenta su reclamo en que los trabajos en cuestión resultaron imprevisibles al momento de contratar y con base en tal supuesto pretende la nulidad de las resoluciones 201 del 13/II/1989 y 2275 del 5/X/1990, que desestimaron su reconocimiento.

Anticipo que, en el caso, no se trató de trabajos imprevistos sino de trabajos que por haber sido incluidos en los antecedentes constitutivos de la contratación, fueron conocidos por la contratista desde el inicio de la vinculación.

En efecto, en la economía de la ley de obras públicas provincial, los trabajos imprevistos son aquéllos que resultan indispensables para cumplir con la finalidad preacordada pero que no fueron tenidos en cuenta en la documentación contractual, o bien, se previeron de manera errónea en su alcance (arg. arts. 7º y 33 segundo párrafo de la ley 6021).

Como surge de los antecedentes de la causa, éste no es el supuesto de autos. En el caso que nos ocupa, por el contrario, existen previsiones expresas del pliego de bases y condiciones y su documentación anexa, que alertan sobre la densidad rocosa del suelo desde un comienzo. Veamos.

i] Según informó oportunamente la Municipalidad de Olavarría (ver nota del 26/IV/1984, obrante a fs. 34 del expte. adm. 2416-6661/84) para las obras a realizarse en el barrio AOMA se recomendaba la perforación de pozos individuales hasta una profundidad aproximada de 20 metros, donde se encontraría "agua dura, pero potable", sin perjuicio de la realización de pozos "para grandes caudales", caso en el cual debería "irse hasta 39 mts. de profundidad, cota en la que se encuentra el basamento granítico".

ii] En el acápite específico relativo a instalaciones sanitarias, estipulado en las Especificaciones Técnicas que rigieron el contrato, se expresa que "Las profundidades indicadas para la perforación y caño camisa deberán con-

UTSUPRA

siderarse como puramente indicativas, las definitivas serán tales que permitan obtener el caudal anteriormente mencionado como así que el caño camisa impida filtraciones de napas no adecuadas" (conf. art. 12, v. fs. 38/39 del expte. adm. citado).

iii] Por otra parte, el estudio de suelos nro. 977 (obrante a fs. 54 y siguientes del referido expte. adm. y agregado como Memoria Técnica a los antecedentes de la contratación), reveló -en su acápite "IV. Estratigrafía"- que "en los perfiles transversales tentativos adjuntos al presente informe, se puede observar que, en general, luego de un suelo vegetal de aproximadamente 0,50 m. de espesor, se detectan suelos arcillosos, tipo CH, que presentan una mediana actividad potencial. A continuación y hasta el límite de perforación se tienen suelos limosos y limo -arenosos, tipo ML. En varios de los sondeos, se detectó el "techo" de un manto rocoso y niveles de suelos muy cementados. En lo atinente a las compacidades, los mantos superficiales ubicados entre -0,50 y -1,00 m. de profundidad son "medianamente compactos", en tanto que los detectados a continuación se presentan como "muy compactos" a "duros" y "muy duros" hasta el límite de perforación". En este mismo documento se expresa, incluso, que "En el caso de que por razones constructivas deba excavar por debajo de la cota de apoyo prevista, dichas excavaciones demandarán un esfuerzo importante dada la alta compacidad y la presencia de fuertes cementaciones en estos suelos" (conf. punto VI. Observaciones Generales, v. fs. 56 del citado cuerpo administrativo). El estudio referido, contiene asimismo un perfil estratigráfico tentativo, que obra agregado a fs. 57/67 del expte. adm. 2416-6661/84.

c. Debo destacar que no resultan aceptables las objeciones formuladas por la contratista, referidas a que el Estudio de Suelo no pudo ser tenido en consideración al momento de cotizar el ítem discutido en el sub lite. Aun cuando tal documento pudiera haber sido confeccionado para prestar una utilidad directa a la realización de "fundaciones" en la obra -circunstancia que, en rigor, no surge de las actuaciones con la claridad que pretende el accionante- cabe tener en cuenta que las directivas expresadas en los pliegos constitutivos de la obra no son compartimientos estancos, y las descripciones y análisis que se efectúan respecto del suelo -el mismo suelo, por cierto- no pueden desagregarse intencionalmente para pretender un desconocimiento fáctico que no es tal. Es clara, a este respecto, la doctrina

del Tribunal en cuanto a que las cláusulas de los contratos deben interpretarse de buena fe por ambas partes.

El principio de buena fe contractual impone al contratista un comportamiento oportuno, diligente y activo antes que displicente, exigencia más rigurosa aún para quien contrata con la Administración Pública, ya que en tal caso se encuentra comprometido el interés general y no sólo el de los particulares (conf. causa B. 49.717, "Delco S.A.", sent. del 28/XI/1989).

En ese mismo sentido, el propio Pliego de Bases y Condiciones que rigió la contratación, expresamente prevé que "los planos y demás documentos del contrato se complementarán entre sí en forma de que cualquier omisión en uno de ellos queda salvada por su referencia en otro, guardando claro está, el orden de prioridad establecido en el artículo 32 apartado 14 de la Reglamentación de la Ley de Obras Públicas" (conf. art. 23, v. fs. 76 del expte. adm. citado).

d. A mayor abundamiento, debe destacarse que la localización física del predio rodea a la excavación de un contexto geofísico particular, claramente evidenciado.

La localidad de Olavarría se encuentra en uno de los dos cordones montañosos que atraviesan la Provincia de Buenos Aires (v. informe de la Dirección de Ejecución de obras, a fs. 2/3 del alcance nro. 57). Su principal actividad productiva se relaciona con la excavación minera y la provisión de materiales minerales obtenidos precisamente de las particulares condiciones de su suelo. Resulta dificultoso aceptar el desconocimiento de tales extremos por parte de una empresa constructora dedicada al rubro.

En el caso, el perito geólogo informó que "los materiales encontrados en el subsuelo fueron humus, loess pampeano, tosca blanca, arcilla, arenilla, granito y cuarcita (...) de acuerdo a esto, se observa que la heterogeneidad encontrada en el subsuelo es muy grande y en función de las características de esos materiales, existe una marcada diferencia entre perforar el loess que se realiza con equipo estándar, como los utilizados por los perforistas y perforar la cuarcita, cuya dureza excede a los equipos comunes. Esta roca, compuesta por minerales cuarzo altamente cementados, presenta una alta dureza sólo perforable con equipo especial" (v. pericia obrante a fs. 306/308 del sub lite).

UTSUPRA

e. Las dificultades materiales imprevistas son, en la generalidad de los casos de carácter geológico, hidráulico o similar; y poseen tal calificación precisamente por el carácter infrecuente de su aparición en un lugar o región determinada (v. Diez, Manuel María, "El Contrato de Obra Pública y la teoría de las dificultades materiales imprevistas", *Jurisprudencia Argentina*, 1966-IV, 41).

En términos más generales este Tribunal ha expresado que, en el marco de la ley 6021 de obras públicas, el concepto de situación "imprevisible" no responde a una noción fija o rígida y debe ser entendida como contingencia que excede los niveles de lo habitual y prudentemente previsible. La pauta es relativa, librada a los tiempos y las circunstancias. La imprevisión, entonces, debe valorarse de acuerdo a las circunstancias de cada caso (doct. causas B. 49.084, "Caccianini", sent. del 17/VI/1997; B. 53.462, "Lara", sent. del 7/V/2008).

Empero, como se ha expuesto, ninguna de estas particulares circunstancias concurre en el sub lite. Ello me persuade de que lo acontecido en la ejecución de la obra para abastecimiento de agua a 125 viviendas en la localidad de Olavarría se relaciona directamente con una falta de previsión empresaria y no con un hecho "imprevisto e imprevisible" como alega la actora.

En adición, en casos de similar sustrato fáctico al presente, esta Corte ha resuelto que si la empresa de construcción concesionaria no fue diligente en estudiar la zona en que debía realizar los trabajos motivo de la concesión, y como consecuencia de ello resultó perjudicada por tener que utilizar equipos y realizar trabajos diferentes de los previstos, carece de derecho a resarcimiento alguno (conf. doct. causas *Acuerdos y Sentencias*, 1963-II, pág. 767 y B. 47.448, "Funova S.C.A. y Miranda S.A.I.I.C.A.F.I. y F.", sent. del 5/VI/1977, en *Acuerdos y Sentencias*, 1977-II, 439). Es decir, el reajuste de precio por mayor onerosidad en la ejecución de los trabajos debe desestimarse si no aparece causado por circunstancias imprevisibles y debió haber entrado en los cálculos de la empresa al cotizar el rubro correspondiente (conf. causas citadas).

Asimismo, se ha reconocido en casos análogos que la realización de mayores trabajos empleando equipos diferentes de los que originariamente se habían previsto por la naturaleza especial del terreno, en virtud de las

condiciones hidrológicas imperantes, no significa una obligación al margen del contrato (conf. causa B. 44.036, "Panedile Argentina S.A.I.C.F. e I.", sent. del 13/VIII/1963, en *Acuerdos y Sentencias*, 1963-II, 773).

En suma, pudo la actora, con la debida diligencia, cerciorarse sobre las condiciones específicas de la zona que tendría que trabajar en cumplimiento de la ejecución encomendada. Si no lo hizo, y tuvo más tarde por ello un perjuicio, sólo a su parte le sería imputable.

f. En el contexto de los antecedentes de la relación contractual que unió a las partes, no es superfluo destacar que la empresa pudo, efectivamente, hacer las consultas pertinentes a la Administración de manera previa, tal como lo hizo con fecha 20/XI/1984, respecto del tipo de pavimento a utilizarse en la obra, así como la forma de implementación del movimiento de suelos para la apertura de calles para la realización del cordón cuneta (v. nota obrante a fs. 153 del expte. adm. 2416-6661/84).

De allí que en punto al ítem debatido el principal argumento de la contratista quede sin sustento, razón suficiente para considerar que los actos administrativos impugnados gozan de plena legitimidad.

Para más, el dictamen pericial referido se limita (sin haber tenido a la vista el Pliego de Bases y Condiciones, como el especialista expresamente deja asentado) a evaluar la consistencia del subsuelo y la necesidad de utilizar un equipo de alta complejidad. Sin aportar, por tanto, mayor claridad a la cuestión en debate (arg. art. 474, C.P.C.C.).

V. En virtud de lo expresado, corresponde rechazar la demanda incoada.

A la cuestión planteada, voto entonces por la negativa.

Costas por su orden (art. 17, ley 2961, conf. remisión del art. 78 inc. 3, ley 12.008 -texto según ley 13.101-).

Los doctores de Lazzari, Hitters y Pettigiani, por los fundamentos expuestos por el doctor Soria, votaron la cuestión planteada por la negativa.

Por los fundamentos expuestos en el acuerdo que antecede, se rechaza la demanda interpuesta.

Costas por su orden (arts. 17, ley 2961 y 78 inc. 3, ley 12.008 -texto según

UTSUPRA

ley 13.101-).

Difiérase la determinación de honorarios para la oportunidad en que se encuentre debidamente fijada la base regulatoria (arg. art. 51 del decreto ley 8904/1977). — Eduardo Julio Pettigiani. — Eduardo Néstor de Lázari. — Daniel Fernando Soria. — Juan Carlos Hitters.

COMENTARIO AL FALLO: DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, 2010/04/21 (*). - ASOCIACIÓN TÉCNICO CONSTRUCTORA S.A. C. PROVINCIA DE BUENOS AIRES (INSTITUTO DE LA VIVIENDA)

POR: ALBERTO BIGLIERI

Introducción.

De los hechos resumidos y los antecedentes reseñados en el inicio de la intervención del Máximo Tribunal Provincial, se desprende un conflicto en la relación entre la actora – empresa constructora- y la Provincia de Buenos Aires (Instituto de la Vivienda).

Previamente, corresponde aclarar que la figura del Instituto de la Vivienda en el esquema organizativo de la Provincia importa, tanto como contraparte del contrato como en cuanto a los presupuestos de agotamiento de la vía administrativa según lo normado en la Ley de Obras Públicas provincial Nº 6021.

Memoro esta situación para aclarar, que más allá de la pretensión procesal que encausó de la actora, esta no puede apartarse en su esencia de la discusión iniciada en sede administrativa. pues el objeto de la pretensión inicial – procedimental- es la nulidad de las Resoluciones de esa entidad, Nº.201/90 y 2275/90, aunque esta acción – en la que se incluye al reclamo del gasto integral por los trabajos adicionales, el monto actualizado e intereses- constituye una excepción a aquel principio de congruencia : " *La jurisprudencia atenuó esta regla al admitir que se*

UTSUPRA

*reclamen en sede judicial cuestiones que si bien no fueron propuestas a la autoridad, están implícitas en la pretensión principal o son accesorias de ésta*¹.

Las vías excepcionales de contratación:

A este tópico nos hemos referido reiterada² y recientemente en forma muy crítica³, no obstante que el Concurso de Precios⁴ implica la posibilidad de participación, contradicción y control por parte de otros interesados, aún cuando en el caso solo se podrían presentar planteos y argumentos de discusión sobre la formación y el monto del precio de la obra. A pesar de desarrollar un comentario a Fallo, no siendo del caso en estudio⁵, corresponde anotar que la redacción de la norma aplicada en el asunto es un tanto confusa en su inicio⁶, pues no aparece expresamente la alternativa de Contratación Directa *Artificial*, que solo se deduce de los supuestos desagregados como incisos b. (ofertas únicas u oferentes con capacidades especiales); c. (compras secretas); d. (Urgencia, como en este caso, que tratamos en el próximo punto como "La Emergencia"); e. (Licitación Desierta u ofertas frustradas) y en el artículo 11 (Contrataciones interadministrativas).

La emergencia⁷:(vía directa excepcional prevista en los arts. 9º inc. "d" y 10 de la ley 6021)

He unificado el abordaje de este instituto incluyendo la mención de la *urgencia*, noción recogida por las normas más modernas de derecho administrativo, y que identifica más claramente la reacción del sistema ante una necesidad que aparece (*emerge*) y a veces permanece en el tiempo, contra otro tipo de necesidades que necesitan inmediato tratamiento (*urgen*). De todas formas, esta excepción, tantas veces cuestionada, es uno de los denominadores comunes de todas las excepciones que reciben éste, y cualquier otro procedimiento administrativo. Cuando hay que actuar ante imprevistos, los tiempos de los procedimientos transforman en estériles las respuestas rápidas, y por ello, más allá de la dimensión de la contratación, esta se puede realizar directamente. Vale la pena señalar, que posiblemente, la velocidad de los acontecimientos y su solución, no hayan sido siempre igual. La fuerte presencia de las ac-

ciones directas del Estado, suplía antaño la urgencia de recurrir a un contrato directo. Tal es así que las excepciones de los primeros procedimientos precontractuales se limitaban a los supuestos de oferentes únicos o productos especiales⁸.

La documentación y los pliegos:

En los procedimientos precontractuales, como el Concurso de Precios, a partir del día en el que alguien adquiere el pliego, la calidad, la personería de aquél que decide participar o aceptar la invitación pública de la Administración se ve robustecida⁹. La robustez de estos derechos se relaciona directamente con la adquisición del pliego, pues una vez realizada la compra, el interesado – ya determinado, con un domicilio de contacto- ha dejado el universo de los convocados para transformarse en un comprador de pliego, un oferente en ciernes, que logra desde ese momento obligar al licitante a mantener un contacto directo e individual por el cual se anunciará de todas las alternativas del procedimiento. Aparecen aquí las consultas y sus respuestas "generales"¹⁰ comúnmente conocidas como "circulares". Toda la documentación obrante en poder del oferente al momento de presentar su oferta será parte integrante del eventual contrato, si resulta adjudicado. Pero es menester recordar que en toda la normativa inherente a estos procedimientos la presentación de los pliegos, circulares y documentación complementaria *debidamente conformada*¹¹ es uno de los requisitos previos de admisibilidad de la oferta, a tal punto que la simple contrastación de la falta de una firma en alguna foja de la documentación implica la desestimación sin más trámite de toda la propuesta, impidiendo el avance de la misma a los pasos posteriores de estudios de las mismas. La falta de este cumplimiento trata la oferta con la misma intensidad y sanción que si no se hubiese acompañado la garantía de mantenimiento, los estatutos sociales de la empresa o el poder de su mandatario. En relación a la importancia que reúne esta documentación la Asesoría General de Gobierno se ha expresado reiteradamente al respecto¹², " *cabe recordar que las cláusulas integrantes de la documentación licitatoria que rigió el llamado, esto es, los pliegos de bases y condiciones, son la ley del contrato*" e inmediatamente incorpora la opinión de la Suprema Corte en el

UTSUPRA

caso B. 57.380, La Jirafa Azul S.A. contra Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud). Demanda contencioso administrativa. Cuando dice: "recordando pronunciamientos de esta Corte en el sentido de que las normas del pliego de bases y condiciones son la ley del contrato (C.S.N., "Necon S.A.", "La Ley", 27IV1992), de sujeción obligatoria para ambas partes, y de las cuales los contratantes no pueden apartarse ni aún mediando acuerdo al respecto (B. 50.560, "Raffo y Mazzieres", sent. del 11VIII1992)"

Las especificaciones confusas:

Si, como consta en el expediente, se realizó un Estudio del suelo, y este determinó la complejidad de la obra, aún cuando esta no surgía del Pliego inicial, es una obligación inherente al oferente la diligencia en su actuar, que debe pedir las aclaraciones pertinentes. Su quietud o inacción trasuntada en su silencio solo puede interpretarse como de aceptación de lo determinado como objeto del contrato, que no es ni más ni menos que lo que surge de toda la documentación integrada por el pliego, las circulares y la documentación técnica. Por otra parte, sus propios actos lo condenan: en el punto IV.f) del fallo se dá nota de otras consultas realizadas por parciales de la obra que motivaron dudas a la actora y en las que actuó con diligencia. Así lo hizo, respecto del tipo de pavimento a utilizarse en las calles internas, y al consultar sobre la forma de implementación del movimiento de suelos para la apertura de calles para la realización del cordón cuneta.

Los trabajos adicionales reconocibles:

Independientemente de la autoreferencia del fallo, solo se ha aceptado históricamente en las distintas jurisdicciones y en la doctrina, la noción de trabajo adicional reconocible, a aquellos que no dependen exclusivamente de su falta de previsión en la documentación original y conformada. El hecho de generar la obligación al ente contratante surge a partir del expreso reconocimiento de este último. Pueden aparecer innu-

merables trabajos adicionales por efectos de múltiples circunstancias, y aún así no entrar en la categorización necesaria como para que la administración reconozca la obligación de pagarlos. En efecto, muchas circunstancias no detalladas en las ofertas producen la obligación de arribar al resultado final que es la satisfacción de la necesidad pública que impulsó la relación contractual. El objeto final resulta de la suma de las técnicas y artes del proveedor que no puede argumentar su propia ineficiencia como causal de la obligación del reconocimiento. En el caso, el reconocido instituto del replanteo de la obra, pudo ser otra alternativa cronológica al método más idóneo – el de las consultas previas sobre las perforaciones- a utilizar, inclusive en una discusión posterior al contrato y anterior al inicio de la obra. Aún cuando este importante ítem, no se encuentra determinado en la Ley de Obras Públicas – a nivel nacional-, es en general materia de las cláusulas de la Licitación¹³. La norma citada – artículo 35 de la Ley 6021- claramente impide al contratista la toma de iniciativa de trabajo alguno no sujeto al contrato, e inclusive le desconoce la variación de precio por haber optado por materiales más caros o de mayor calidad: consagra aquí el *principio de inmodificabilidad*. Este caso limita el principio de mutabilidad que diferencia al contrato público del privado. " ...esa potestad del Estado de disponer de modificaciones no le es concedida al contratista salvo que se produzcan situaciones de carácter excepcional ..."¹⁴

La legislación aplicable en referencia al citado artículo 7, solo admite calificar como trabajos imprevistos a aquellos descubiertos previamente a la adjudicación y que se encuentren dentro de los límites tolerables del *ius variandi*, o sea el 20%. El artículo 33, y especialmente su reglamentación sostienen este criterio: los imprevistos, cuyo monto se encuentre dentro del porcentaje tolerable de mutabilidad (20%) pueden ser reconocidos por una disposición de la administración sin necesidad de firmar un nuevo contrato. Ello, siempre y cuando se haya hecho la reserva del artículo 7. Por otra parte, estas dos previsiones, encuentran quicio en las necesidades de ajustar el objeto – y por ende los fines públicos- ante situaciones imprevistas, pero no aparecen como una solución para la imprevisión empresarial de quien no tomo los recaudos indispensables para darle seriedad y seguridad jurídica a su oferta.

Las menciones expresas en la documentación:

Si el pliego, la documentación anexa, las circulares, y en general todo el material administrativo que integra la documentación licitatoria conformada por el oferente, enumera expresamente las dificultades de la obra, nada puede argumentar el contratista para excepcionarse. Máxime en este caso, en el que la administración, en las Especificaciones Técnicas elucida su redacción, recordando que: *las profundidades indicadas para la perforación y caño camisa deberán considerarse como puramente indicativas, y dichas excavaciones demandarán un esfuerzo importante dada la alta compacidad y la presencia de fuertes cementaciones en estos suelos.* Estas reservas, que solo son contrastables en el procedimiento previo a la apertura de las ofertas, mediante la presentación de pedidos de aclaraciones, son lapidarias. Aún profundas y específicas, las Especificaciones Técnicas - como en un oxímoron - son solamente indicativas. Ponen en manos del oferente la responsabilidad del estudio de las condiciones de realización de la obra y, va de suyo, la propuesta del precio que ella importa.

Los Principios generales del derecho: La Buena Fe

La referencia a la interpretación contractual aplicando el principio de la **buena fé**, ha atravesado las nociones privatistas para convertirse en otro hito de los principios generales del derecho. Enlazando estas ideas con la reciente obra de Cassagne¹⁵ sobre el principio de legalidad y el control judicial, nos encontramos - a nuestro entender - ante otra *incorporación* al ordenamiento administrativo, similar¹⁶ a las que se produjeron desde antaño, como en el fallo "Milone, María Rafaela, Cesar y Manuel c/ Consejo Nacional de Educación s/ Devolución de pesos"¹⁷, en el que se sostuvo el vigor de los artículos del Título Preliminar del Código Civil para todo el derecho y se utilizó reiteradamente esta incorporación, entre otras veces en el más reciente "Motor Once SACI c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires"¹⁸, donde se encuentra otro estilo interpretativo semejante, en este caso referido al artículo 16 del Código Civil¹⁹.

Pero volviendo a la utilización del principio contractual referido en el fallo en comentario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también se ha expresado en el sentido e importancia de la buena fé en los contratos, conforme al artículo 1198 del Código Civil en el Fallo Robles:

*"7) Que, en primer lugar, es menester recordar que esta Corte ha sostenido reiteradamente que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosíblemente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión (confr. Fallos 311:971 y sus citas)."*²⁰

*8) Que dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación, entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquél mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones, formulen propuestas entre las que se seleccionará la más conveniente. La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario. (Fallos 308:618 La Ley, 1986D, 397)"*²¹

La impericia empresarial y el conocimiento público:

El viejo adagio "eres esclavo de lo que dices y dueño de lo que callas" luce especialmente en estas situaciones. Las presentaciones ante la administración, en las licitaciones y aún en un concurso de precios para una obra²², importan un reconocimiento expreso de la capacidad para contratar y desarrollar integralmente el objeto contractual por la empresa privada; este reconocimiento evoluciona durante el procedimiento, pues la administración conoce - a medida que escala por la presentación empresarial - paulatinamente la idoneidad del oferente. Esa "triple idoneidad", en la que se presume la moralidad, y se demuestra la capacidad técnica y financiera, desde la presentación que acompaña e inte-

gra la oferta, implica una expresión de capacidad y conciencia de obrar, que impide luego argumentar desconocimiento de las circunstancias y condiciones de la obra o lo que es peor, la localización de la misma: *"la localidad de Olavarría se encuentra en uno de los dos cordones montañosos que atraviesan la Provincia de Buenos Aires...Resulta dificultoso aceptar el desconocimiento de tales extremos por parte de una empresa constructora dedicada al rubro"*

CONCLUSIONES

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, señera institución jurisdiccional en la tradición del derecho público en la Argentina, incluye en este fallo interesantes opiniones que servirán como coto o límite a las pretensiones injustificadas de los contratantes con el Estado.

La seguridad jurídica, también se construye día a día, y con buena fé, regla de oro a la que sometido en primer lugar el poder público, ejemplificará la conducta de los interesados en participar en contrataciones públicas, donde la transparencia y la defensa de la concurrencia se aúnan en respeto al precepto constitucional del artículo 42 de la CN, para garantizar la igualdad de oportunidades de los oferentes y desarrollar la economía en un mercado competitivo.

CITAS LEGALES:

¹PERRINO, Pablo: "La pretensión procesal administrativa como objeto del proceso" en TRATADO DEDERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO. De AAVV, Dirigido por Juan Carlos CASSAGNE. La Ley. 2007. Tº1 , pág. 413 y ssgtes.

² En 2006 en : "La licitación pública en el ámbito municipal bonaerense: La excepcionalidad como regla (Exégesis de los arts. 151, 152, 155, 156 y 232 de la Ley orgánica de las municipalidades de la provincia de Buenos Aires)," en Revista de Derecho Público, Contratistas del Estado – 2006-1, Rubinzal – Culzoni Editores y por su parte GARCIA SANZ, Agustín. "Licitación Pública vs. Contratación Directa: ¿La Batalla perdida?." Revista Res Pública. 2006-3.

³ BIGLIERI, Alberto: "Contrataciones Directas." Diario La Ley. 29/7/10.

⁴ CAROL, Guillermo C. y SANSONI, Felix J. ESTUDIO DE LA LEGISLACION DE OBRAS PUBLICAS DE LA PROVNCIA DE BUENOS AIRES 2º Edición. Editora Scotti. Buenos Aires. 2004. Tº I, pág. 201 y ssgtes..

⁵ En extenso en BIGLIERI, Alberto: "Responsabilidad del Estado – Las Reglas de Juego Precontractuales- en DESAFIOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO. De AAVV, Dirigido por V.H. HERNANDEZ MENDIBLE. Ediciones Paredes. Carcas. 2009. Tº I, Pág. 913 y ssgtes.

⁶ Ley 6021, Artículo 9, parcial: "Quedan exceptuadas de la obligación de este acto y podrán ser adjudicadas mediante licitación privada, concurso de precios o ejecutadas por administración de acuerdo con las normas que establezca la reglamentación en los siguientes casos:"

UTSUPRA

⁷ Para profundizar sobre el tema, aconsejo el complejo trabajo de GALINA, Carlos: *CONSTITUCIÓN, SERVICIOS PUBLICOS Y EMERGENCIA*. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2009, donde el autor desarrolla una interesante noción sobre la Emergencia Permanente en la Argentina.

⁸ WAINER, Jacobo. *CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*. Editorial El Ateneo, Buenos Aires, 1939. P. 202.

⁹ En Fallos CSJ Robles y “Goyoaga, Nilda A. c. Instituto Provincial de Loterías y Casinos. La Plata 10/05/2007. Cámara Contencioso Administrativa de LP”

¹⁰ Realmente no son generales, pues solo se les comunica a aquellos compradores de pliego que denuncian domicilio, y rara vez se publican.

¹¹ Suscripta hoja por hoja, sin excepción.

¹² *ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO* de la PBA. COLECCIÓN DE DOCTRINA DE DICTAMENES. N° 90. La Plata . 2007. P. 82

¹³ DROMI, Roberto. *LICITACIÓN PUBLICA* 2ª Edición. Editorial Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1999. P. 570.

¹⁴ CAROL, Guillermo C. y SANSONI, Felix. Op. Cit. T°II, pag. 473

¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de Legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, p. 48 y 52.

¹⁶ Por su incidencia, pues los supuestos de los fallos comentados, agregan una lógica hermenéutica incontrastable

¹⁷ LL T° 2, CC1CF, 13/4/1936

¹⁸ LL 1989. D-25. CSJ, 9/5/1989

¹⁹ Para Ampliar: HUTCHINSON, Tomás: Colección de Análisis Jurisprudencial, Elementos de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 646 y ssgtes. BIGLIERI, Alberto: “La publicidad de las normas”, Revista de Derecho Administrativo, número 58, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 991 y ssgtes.

²⁰ CSJ: **Robles S. A., Vicente c. Estado nacional -Servicio Nac. de Parques Nacionales**. Buenos Aires, marzo 30 de 1993. Considerando 7.

²¹ CSJ Robles, Considerando 8.

²² Si el objeto del concurso de precios sería un suministro, se podría “tolerar” algún defecto subjetivo de la empresa contratante en aras de un precio conveniente y un objeto de calidad. Ampliar en LICO Miguel, y BIGLIERI, Alberto en: “*Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo de la nueva Ley de compras y contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires. Particular referencia al contrato de suministro*”. Revista de Derecho Público, Contratos Administrativos – 2007-2, Rubinzal – Culzoni Editores

Cuadernillos de Derecho Administrativo

Alberto Biglieri



Comentario al Fallo:
Asociación Técnico Constructora S.A.
c. Provincia de Buenos Aires
Instituto de la Vivienda

UTS
2011

edición 2011

ISBN CODE

 Utsupra.com