



Gobierno de la Provincia de Mendoza - República Argentina

Informe

Número:

Mendoza,

Referencia: OPINIÓN CONSULTIVA ÓRGANO RECTOR SOBRE EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

EX-2019-04280371- -GDEMZA-DRPJ#MSDSYD

Conforme lo requerido en el orden nro 298 de las actuaciones de referencia, toma intervención esta Dirección General de Contrataciones Públicas y Gestión de Bienes a efecto de que, en la condición de Órgano Rector del Sistema de Contrataciones Públicas de la Administración Provincial, expida opinión consultiva (Art. 130 inc. a) Ley 8706) respecto de si corresponde restituir la garantía de cumplimiento contractual al proveedor FRANSE EMPRENDIMIENTOS MENDOCINOS S.R.L., teniendo presente lo previsto por el Art. 3 de la Resolución RESFC-2021-101-E-GDEMZA- DRPJ#MSDSYD y los manifiestos incumplimientos por parte de la Empresa desde el comienzo de la ejecución de la obra.

Asimismo en el orden nro 294 la Sra Directora de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil hace referencia a una diferencia de criterios entre lo dictaminado por Asesoría Letrada en orden nro. 268, los pliegos, la normativa vigente y lo resuelto en la mencionada resolución.

Debemos anticipar nuestra opinión propiciando no solo la retención (no devolución) de la garantía de cumplimiento de contrato, sino además la necesidad de impulsar el procedimiento sancionatorio previsto por el Art. 154 de la Ley 8706 y su Decr. Regl. Nro. 1000/2015. En este sentido, nos apartamos del temperamento sugerido por nuestro respetado colega dictaminante del orden 268.

Ocurre que nos encontramos frente a un supuesto de incumplimiento de las OBLIGACIONES NUCLEARES del contrato, toda vez que es manifiesta la frustración definitiva de la contratación –no se han culminado el servicio o la obra encomendada, la cual debe ser visualizada como un “resultado” en los términos del Art. 774 inc. b) y c) del Cód. Civ. y Com. de la Nación-

Este es el primer aspecto que en nuestra opinión debe ser tenido en claro: estamos en presencia del incumplimiento de una obligación de resultado, es decir de la realización de una refuncionalización de un inmueble para un uso determinado (conf. Art. 3º, 4º y conc. del Pliego de Especificaciones Técnicas, orden nro 8), la que por cierto no se culminó. En estos casos (obligación de resultado) a los efectos de considerar como “INCUMPLIDO EL CONTRATO”, a la Administración le basta con probar que el Contratista no ha entregado o no ha alcanzado el resultado previsto en el contrato (esta es una cuestión de hecho que se demuestra mediante la constatación y descripción de todos los ítems de obra no cumplidos o irregularmente cumplidos, o bien porque los mismos no se cumplieron dentro del plazo esencial de ejecución previsto en el contrato).

Luego el Contratista -descargo mediante- deberá acreditar que su falta de incumplimiento obedeció a una causal de fuerza mayor, ajena a su esfera empresaria (conf. Art. 154 Decr. 1000/2015).

A su tiempo, cabe aclarar que todas las cuestiones (sean o no conflictivas) relacionadas con la ejecución o gestión de una contratación pública, deben resolverse acudiendo en primer lugar a las disposiciones o normativa de derecho público (La Constitución Provincial, las leyes provinciales, sus reglamentaciones, las condiciones de los pliegos de contratación, los principios general de la contratación pública); junto a tales normas y principios, de manera complementaria, también debemos acudir y aplicar los principios generales del derecho y las normas del derecho privado o derecho común. Este esquema normativo, por cierto, es el que informan los Arts. 1 y 112 de la Ley 9003.

Teniendo presente el plexo normativo señalado, corresponde dejar sentado que la prerrogativa rescisoria o resolutoria de la Administración, por el incumplimiento contractual del proveedor, se encuentra regulada por las siguientes disposiciones:

- en el marco del derecho público tenemos lo dispuesto por los Arts. 112 quater inciso II) apartado 5) puntos b) y c) de la Ley 9003, los arts. 132 incs. h) e i) y 154 de la Ley 8706.

- en el marco del derecho privado, el incumplimiento obligacional y la resolución del contrato por incumplimiento se encuentra regulada por los Arts. 886 a 889 y 1078 a 1090 del Cód. Civ. y Com. de la Nac..

Como hemos señalado, este esquema normativo es el que debemos aplicar para determinar cuándo o en qué hipótesis se configura un incumplimiento contractual, y cuáles son los efectos y el procedimiento que debe seguir la Administración en estos casos.

Por cierto, de acuerdo al citado orden jurídico, no caben dudas de que la Administración puede resolver o rescindir por sí el contrato, en todos los casos en que el mismo se haya incumplido en sus obligaciones nucleares, con frustración definitiva de su finalidad. Esta es la consecuencia expresamente prevista por el Art. 154 inc. a) punto 4) de la Ley 8706. Con lo expuesto, queremos dejar en claro que este tipo de incumplimiento contractual siempre debe ser considerado como una hipótesis de causal resolutoria expresamente prevista, en los términos de los Arts. 112 quater inc. 5) punto b) de la Ley 9003, y la Administración puede declarar la resolución por sí –sin necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional-.

En el presente caso, claro está, no caben dudas de que se ha configurado esta hipótesis de incumplimiento contractual, por lo cual no solo es procedente declarar la rescisión o resolución contractual de manera unilateral por parte de la Dirección de Responsabilidad Penal Juvenil, sino que además corresponden aplicar todos sus efectos accesorios, de conformidad a lo previsto por el Art. 154 de la Ley 8706 y su Decr. Regl. 1000/2015, a saber:

- a. Disponer la pérdida de la garantía
- b. Aplicar las sanciones y penalidades que corresponden a la hipótesis, previo cumplir con el procedimiento de ley (notificación al proveedor para descargo, informe circunstanciado del organismo e intervención del Órgano Rector)

Pues bien, más allá de alguna imprecisión técnica, se advierte que en el presente caso ya se ha declarado la resolución del contrato mediante lo dispuesto por el Art. 1º de la Resolución dictada en el orden 340. Sin embargo, en opinión de este Órgano Rector, debería dejarse sin efecto lo dispuesto por el Art. 3º, y en su lugar disponer dar intervención a esta Dirección General de Contrataciones Públicas a los efectos previstos por el Art. 154 de la Ley 8706 y su Decr. Regl. N° 1000/2015, con remisión de las actuaciones.

Dejamos así por expuesta la opinión consultiva de esta Dirección General de Contrataciones Públicas, la que se expide en ejercicio de las potestades otorgadas por el Art. 130 inc. a) de la Ley 8706 y su Decr. Regl. Nro 1000/2015.

