



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2018 - Año del Centenario de la Reforma Universitaria

Dictamen firma conjunta

Número: IF-2018-13442883-APN-ONC#MM

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Miércoles 28 de Marzo de 2018

Referencia: EX-2017-04033560--APN-DC#SPF – SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL –
CONSULTA SOBRE INCLUSIÓN DE CLÁUSULA
EN EL PLIEGO – CONDICIÓN RESOLUTORIA.

SEÑOR DIRECTOR:

Me dirijo a usted en el marco de las actuaciones de la referencia, que ingresan para que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES tome intervención, remitido por DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

El expediente remitido tiene un total de ciento cincuenta y dos órdenes. En el presente acápite se reseñarán –en forma sucinta– los principales antecedentes.

En el orden 22, páginas 1-3, obra el informe de la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN N° IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017, en cuyo marco la aludida instancia instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el apartado 5°, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 por el plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual, para la adquisición de comidas en cocido destinadas a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL PARA JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ).

En dicha oportunidad se señaló que por Expediente N° CUDAP S04:0035403/2014 tramitó la Licitación Pública N° 26/2014 cuyo objeto radicó en la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas con destino al COMPEJO FEDERAL PARA JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ) y que al momento de expedirse la nota en cuestión se encontraba en trámite un proyecto de resolución ministerial declarando fracasada la mencionada licitación pública.

En el orden 23, páginas 1-5, se encuentra vinculado el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° IF-2017-05487227-APN-DAUG#SPF, de fecha 6 de abril de 2017, en cuyo marco se efectuaron –entre otras– las

siguientes consideraciones: “...en orden al encuadre legal propuesto, esta División considera que el mismo hallaría sustento en el art. 25 inc. d) apartado 5) Decreto N° 1023/2001 y sus modificatorios, en concordancia con el art. 19 de su similar N° 1030/2016 teniendo en cuenta para ello la Providencia IF-2017-03571015-APNSSRPJYAP#MJ suscripta por el Señor Subsecretario de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios, la cual se incorpora en el Orden N° 18, del cual se desprendería que la urgencia surge de la necesidad de arbitrar los medios necesarios para asegurar la adecuada prestación alimentaria de las personas privadas de la libertad alojadas en el Complejo Federal Para Jóvenes Adultos (Marcos Paz), como así también del personal penitenciario que allí se desempeña (...).

Sin perjuicio de todo lo señalado, atento a que tramita por cuerda separada el EX2017-00977147-APNDC#SPF, que tiene como objeto la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas para diversos destinos, entre los cuales se encuentra el COMPLEJO FEDERAL PARA JOVENES ADULTOS, de manera previa a la suscripción del presente acto y por el área que corresponda resultaría imprescindible corroborar que no se haya suscripto el acto administrativo de convocatoria en el expediente citado dentro de los últimos TRES (3) meses, a los fines de evitar un supuesto de desdoblamiento, en los términos del art. 30 del Decreto N° 1030/16.”.

En el orden 38, páginas 1-8, luce adjunto el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS N° IF-2017-11923751-APN-DGAJ#MJ, de fecha 16 de junio de 2017, oportunidad en la cual la aludida instancia letrada señaló que: “...resulta privativo del señor Ministro ponderar las razones esgrimidas en las diversas intervenciones, a fin de expedirse en orden a la utilización del trato directo y el Pliego, en el marco de las previsiones del dispositivo de rango legal antes citado, y en su caso aprobarlo, y que nada obsta de acuerdo a la reglamentación vigente para que se expida sobre el particular a través del acto de autorización propiciado”.

En el orden 66, páginas 1-3, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS N° IF-2017-14936027-APN-DGAJ#MJ, del 19 de julio de 2017, donde se reiteró lo oportunamente opinado.

En el orden 73, páginas 1-3, se encuentra vinculado el informe de la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° IF-2017-15878487-APN-DC#SPF, del 31 de julio de 2017, en cuyo marco se puso de resalto lo siguiente: “...es dable destacar que mediante expediente CUDAP: EXP-S04:0035403/2014 – Licitación Pública 26/14, se tramitaba la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas con destino al Complejo FEDERAL JOVENES ADULTOS, y habiéndose finalizado el plazo de mantenimiento de oferta de fecha 28/12/2016, correspondía declarar fracasada dicha licitación, proceso que a la fecha se encuentra en trámite de resolución (...).

En el presente supuesto se considera conveniente optar por la directa de urgencia, toda vez que la Licitación Pública Nacional que tramita por Expediente EX2017- 977147-APN-DC#SPF, se encuentra en instancia de autorización, motivo por el cual corresponderá tener en cuenta que previo a la adjudicación de la misma pueden darse distintos escenarios que dificulten o impidan que dicha adjudicación sea anterior a la finalización del contrato.

En esta línea de pensamiento, esta área, como primera medida, entiende que no existen certezas que permitan apreciar si se producirá –y en su caso, en qué momento del año– la adjudicación de la Licitación en trámite, extremo que resulta ser ni más ni menos el presupuesto habilitante para la directa de urgencia pretendida. Cabe resaltar que se han instrumentado, a prima facie, en tiempo y forma las gestiones pertinentes para efectuar la licitación del servicio.”.

En el orden 108, páginas 1-3, obra un proyecto de resolución del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, por medio del cual se propicia autorizar a la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL a efectuar un llamado a Contratación Directa por Urgencia para

adquirir comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga.

De los considerandos de la medida en ciernes se desprende lo siguiente: “...en el marco de las causas Nros. 62270/14 y 8237/14 en trámite por ante el Juzgado Federal en lo criminal y correccional N° 2 de Morón, secretaria N° 8, se ordenó tomar medidas urgentes respecto la comida que se sirve a los internos y evaluar una nueva modalidad de provisión de alimentos.

Que atento lo dispuesto en el marco de las actuaciones judiciales reseñadas y teniendo en consideración que la comida es una necesidad humana básica, mediante Informe N° IF-2017-03571015-APNSSRPJYAP#MJ, la Subsecretaria de Relaciones con el Poder Judicial y Asuntos Penitenciarios requirió a la DIRECCION NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL suspender de forma inmediata las entregas de mercadería en crudo y garantizar la provisión de comidas en cocido.

Que asimismo y en virtud de lo arriba señalado, dicha Subsecretaría ordenó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL que instrumente en forma inmediata el procedimiento de Contratación Directa por urgencia, encuadrada en las prescripciones del Título I, Capítulo III, artículo 25, inciso d), apartado 5 del Decreto N° 1023/01 y sus modificatorios, por aplicación y en concordancia con las disposiciones del Título II, Capítulo I, artículo 19 del Decreto N° 1030/16, a fin de adquirir la provisión de comidas en cocido, (almuerzos y cenas, desayunos y meriendas), para los internos alojados en el mencionado Complejo.”

En el orden 126, páginas 1-2, tomó intervención la JEFATURA DE GABINETE DE ASESORES del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS mediante informe N° IF-2017-29590475-APN-MJ, de fecha 23 de noviembre de 2017, en el cual se indicó a la SECRETARÍA DE JUSTICIA de esa cartera que: “...habiendo tomado conocimiento que a través del expediente CUDAP: 0035403/2014 se dio trámite a la Licitación Pública N° 26/2014, cuyo objeto resulta idéntico al de la presente contratación, se estima pertinente se declare fracasado dicho procedimiento previo a la prosecución del presente trámite (...).

Por otra parte, atento que en el Expediente N° EX-2017-00977147-APN-DC#SPF se ha dado trámite a la Licitación Pública 31-0002-LPU17, se estima pertinente evaluar la posibilidad de incluir en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares proyectado, la potestad de la administración pública de reducir el plazo de la contratación objeto del presente llamado ante la eventual suscripción del acto de adjudicación en el marco de dicho procedimiento licitatorio.” (el subrayado no corresponde al original).

En el orden 141, páginas 1-2, obra la Nota de la DIRECCIÓN DE CONTRATACIONES de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° NO-2017-31644110-APN-DC#SPF, de fecha 6 de diciembre de 2017, por la cual solicitó asesoramiento a esta Oficina Nacional: “...sobre la posibilidad de reducir el plazo de ejecución del servicio en el proyecto de P. B. Y C. P. de la Contratación Directa (...) ante la eventual suscripción del acto de adjudicación de la Licitación Pública 31-0002-LPU17, en virtud de lo expuesto por el Secretario de Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos mediante IF-2017-29590475-APN-MJ...”.

A todo evento, la citada unidad operativa de contrataciones informó que la Contratación Directa por urgencia para la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas con destino al Complejo Federal para Jóvenes Adultos se encuentra en etapa de elaboración del proyecto de pliego de bases y condiciones particulares, mientras que se encontraría en trámite el procedimiento de Licitación Pública 31-0002-LPU17 con modalidad Orden de Compra Abierta, con destino al Complejo Penitenciario Federal II (Marcos Paz) y al Complejo Federal para Jóvenes Adultos.

En el orden 143, páginas 1-2, rola la Nota de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES N° NO-2017-34457408-APN-ONC#MM, de fecha 22 de diciembre de 2017, por cuyo conducto se solicitó al organismo de origen que, de modo previo, se expida su servicio permanente de asesoramiento jurídico.

En virtud de ello se agrega, en el orden 146, páginas 1-3, el Dictamen de la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL N° IF-2018-00650512-APN-DAUG#SPF, de fecha 3 de Enero de 2018, oportunidad en la cual la citada asesoría jurídica efectuó las siguientes consideraciones: “...incluir una cláusula en la que la ejecución del contrato se encuentre supeditada a la suscripción de la adjudicación en otro trámite no se encuentra prevista expresamente en la normativa aplicable en materia de adquisición de bienes y servicios de la Administración Nacional.

No obstante, haciendo un análisis de la medida propiciada y de las normas referidas precedentemente, es dable mencionar que el art. 12 del Decreto N° 1023/01 entre otras cosas dispone: ‘FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA. La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá: a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver, las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias (...).

b) (...) La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante (...)

Es así que, en principio, sería factible la prerrogativa a favor de la Administración de prever la eventual revocación del contrato con el adjudicatario fundada en la suscripción de la adjudicación de la Licitación Pública N° 31-0002-LPU17.”.

Ahora bien, sin perjuicio de lo apuntado, no puede soslayarse que los arts. 95 del Decreto N° 1030/16 y 54 del Pliego Único de Bases y Condiciones Generales (Disposición ONC N° 63/16) determinan que ‘La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.”

En punto a ello, más allá de la viabilidad de incorporar una cláusula en la que se otorgue la facultad a la Administración de reducir el plazo de la contratación por la eventual suscripción de la adjudicación en la Licitación Pública a la que se hiciera referencia más arriba, a criterio de esta Instancia se estima pertinente que la autoridad suscriptora pondere las implicancias que dicha cláusula podría conllevar....”.

Finalmente, en el orden 148, páginas 1-2, luce incorporada la NO-2018-01108133-APN-DC#SPF por la cual reingresan los actuados a consideración de esta Oficina Nacional.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a efectos de que emita opinión respecto de la posibilidad de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 –cuyo objeto es la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), por un período de SEIS (6) meses, con opción a prórroga–, una cláusula que contemple reducir el plazo de ejecución del servicio ante la eventual suscripción del acto administrativo de adjudicación del procedimiento licitatorio N° 31-0002-LPU17, la cual posee idéntico objeto.

Ello guarda relación con lo sugerido por la JEFATURA DE GABINETE DE ASESORES del

-III-

ÁMBITO DE APLICACIÓN

En forma previa a efectuar un análisis del caso planteado, corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así, en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, cabe indicar que el SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL es un órgano desconcentrado dependiente del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, razón por la cual se encuentra Incluido dentro del ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

Luego, en cuanto concierne al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable puntualizar que el Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme surge de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. A su vez, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata de la adquisición de comidas en cocido, desayunos y meriendas destinados a cubrir las necesidades del COMPLEJO PENITENCIARIO JOVENES ADULTOS (MARCOS PAZ), y asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dichos procedimientos se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Por último, resta indicar que resultan de aplicación al caso el Reglamento aprobado por Decreto N° 1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, sus modificatorios y complementarios.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

Ante todo, corresponde recordar que en el marco del Dictamen ONC N° IF-2017-19243954-APN-ONC#MM, de fecha 5 de septiembre de 2017, esta Oficina Nacional se expidió sobre los alcances de la prohibición de desdoblamiento contemplada en el artículo 30 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16, respecto de la tramitación simultánea, por parte del organismo de origen, de TRES (3) procedimientos de objetos afines, entre ellas la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 –sustanciada por EX-2017-04033560--APN-DC#SPF–, que es motivo de esta nueva consulta.

En dicha ocasión, este Órgano Rector no opuso reparos en la medida en que: *“..fueron oportunamente vinculados a los expedientes electrónicos allí citados diversos informes producidos por la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS (v. IF-2017-02791982-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 23 de febrero de 2017 e IF-2017-03571015-APN-SSRPJYAP#MJ, de fecha 13 de marzo de 2017), dando cuenta de las razones que justificaron la sustanciación –prácticamente en simultáneo– de los procedimientos de selección de que se trata, en procura de atender una necesidad básica e impostergable – como sin duda representan las diversas comidas para las personas reclusas en los complejos penitenciarios de que se trata–, a fin de dar cumplimiento a una directiva judicial, sin recurrir a la figura*

del 'reconocimiento de gasto' y/o 'legítimo abono'."

Sin perjuicio de ello, se observó en dicha intervención que: *"...Al día de la fecha [fecha 5 de septiembre de 2017] esta última convocatoria correspondiente a la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 no se encuentra publicada en el sitio de internet <https://comprar.gob.ar/> (...).*

Ahora bien, en el caso en análisis, y tal como surge de los antecedentes reseñados, en fecha 13 de marzo de 2017 la SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL Y ASUNTOS PENITENCIARIOS del MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS DE LA NACIÓN, instruyó al SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL para que instrumente *"...en forma inmediata el procedimiento de contratación directa por urgencia previsto en el punto 5, inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1023/01 requiriendo el servicio de comidas en cocido para dicha unidad penitenciaria..."*, por un plazo de SEIS (6) meses, prorrogable por otro igual.

Siendo ello así, no resulta ocioso recordar que en virtud del principio de centralización de las políticas y de las normas y de descentralización de la gestión operativa –expresamente receptado en el artículo 23 del Decreto Delegado N° 1023/01–, este Órgano Rector no posee facultades para elegir el procedimiento de selección a utilizarse, puesto que dicha decisión es del resorte exclusivo del organismo que llevará adelante la contratación.

Sin embargo, no es posible soslayar que el tiempo transcurrido desde el inicio de las presentes actuaciones –prácticamente un año– y la instancia en que el trámite se encontraría en la actualidad, no se condicen –*a priori*– con la particular premura que da razón de ser a un procedimiento de selección de excepción, como ciertamente lo es la causal de contratación directa por urgencia contemplada en el artículo 25 inciso d) apartado 5° del Decreto Delegado N° 1023/01 (Cfr. Dictamen ONC N° 241/13).

Ciertamente, la aludida norma establece que la selección por contratación directa se utilizará: *"Cuando probadas razones de urgencia o emergencia que respondan a circunstancias objetivas impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno, lo cual deberá ser debidamente acreditado en las respectivas actuaciones, y deberá ser aprobado por la máxima autoridad de cada jurisdicción o entidad."*, a lo cual el artículo 19 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 añade, en su parte pertinente que: *"A los fines de encuadrar a un procedimiento de selección en la causal prevista en el artículo 25, inciso d), apartado 5, del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, deberá probarse la existencia de circunstancias objetivas que impidan la realización de otro procedimiento de selección en tiempo oportuno para satisfacer una necesidad pública."*

Serán razones de urgencia las necesidades apremiantes y objetivas que impidan el normal y oportuno cumplimiento de las actividades esenciales de la jurisdicción o entidad contratante (...) En las contrataciones encuadradas en el apartado 5 del inciso d) del artículo 25 del Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarias, cuando se invoquen razones de urgencia o emergencia y se trate de una situación previsible, deberán establecerse, mediante el procedimiento pertinente de acuerdo al régimen disciplinario que corresponda aplicar, las responsabilidades emergentes de la falta de contratación mediante un procedimiento competitivo en tiempo oportuno."

Por lo manifestado en los párrafos que anteceden, esta Oficina sugiere que la autoridad administrativa competente evalúe nuevamente los motivos que fundamentaron en su momento el encuadre del procedimiento en el marco de lo establecido en el artículo 25 inciso d) apartado 5° del Decreto Delegado N° 1023/01.

Advertido lo anterior, corresponde abordar el asunto concreto sometido a consideración de esta Oficina Nacional.

En primera medida, resulta oportuno mencionar que el Anexo II de la Disposición ONC N° 63/16, intitulado *"Requisitos mínimos que deben contener los pliegos de bases y condiciones particulares"* estipula en el punto 14 lo siguiente: *"Plazo de duración del contrato, cuando corresponda."*

Pues bien, de la compulsión de los presentes actuados surge que la contratación en ciernes reviste la naturaleza de un suministro de tracto sucesivo, o bien de cumplimiento continuado o periódico, en tanto sus efectos se prolongan en el tiempo.

Más precisamente, en el anteproyecto de pliego individualizado como PLIEG-2017-12269405-APN-DC#SPF se contempla la “*ADQUISICION DE COMIDAS EN COCIDO, (ALMUERZOS Y CENAS, DESAYUNOS Y MERIENDAS) con destino a: COMPLEJO PENITENCIARIO FEDERAL JOVENES ADULTOS Y MODULO RESIDENCIAL V DEL CPF II (MARCOS PAZ)*” bajo las siguientes condiciones: “...*ARTICULO 13: PLAZO, LUGAR Y FORMA DE EJECUCION. a. Plazo de Ejecución: El servicio se realizará durante un período de SEIS (6) meses, a partir del día siguiente de la notificación de la Orden de Compra, conforme a lo establecido en el Artículo N° 35 del Anexo I de la Disposición ONC N° 63 – E/2016 (...).*”

ARTICULO 14: OPCION A PRORROGA. En uso de la facultad conferida por el inciso g) del Artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/2001, el plazo estipulado en el Artículo 13 de las presentes Cláusulas Particulares, podrá prorrogarse por igual o menor término en las mismas condiciones de la presente Contratación.”.

Sin embargo, surge con meridiana claridad la pretensión del organismo de contemplar en el propio pliego un mecanismo de conclusión anticipada de la contratación en ciernes, frente a la posibilidad incierta de que antes de su vencimiento –o del de su prórroga– se adjudique una licitación en curso con el mismo objeto, en trámite por EX-2017-977147-APN-DC#SPF.

Frente a ello, la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL evaluó, en el marco del Dictamen N° IF-2018-00650512-APN-DAUG#SPF, la posibilidad de hacer uso de la prerrogativa de revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia –prevista por la normativa vigente en favor de la Administración– ante la eventual suscripción de la adjudicación de la Licitación Pública N° 31-0002-LPU17, pero advirtiendo sobre sus consecuencias en materia indemnizatoria.

Está claro, ciertamente, que una de las diferencias más notorias –en relación con los contratos privados– que exhibe el régimen de ejecución del contrato administrativo, radica en la existencia de prerrogativas en favor de la Administración para hacer frente a necesidades de interés público, tales como la revocación del contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

En efecto, el artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01, en su parte pertinente, establece lo siguiente: “*La autoridad administrativa tendrá las facultades y obligaciones establecidas en este régimen, sin perjuicio de las que estuvieren previstas en la legislación específica, en sus reglamentos, en los pliegos de bases y condiciones, o en la restante documentación contractual. Especialmente tendrá:*

a) La prerrogativa de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, decretar su caducidad, rescisión o resolución y determinar los efectos de éstas. Los actos administrativos que se dicten en consecuencia tendrán los caracteres y cualidades otorgados por el artículo 12 de la Ley N° 19.549 y sus modificatorias.

b) [...] La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante.”.

Por su parte, el artículo 95 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 estipula que: “*...La revocación, modificación o sustitución de los contratos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, no generará derecho a indemnización en concepto de lucro cesante, sino únicamente a la indemnización del daño emergente, que resulte debidamente acreditado.”.*

A la luz de tales normas, no caben dudas respecto a que los contratos administrativos pueden extinguirse

antes de tiempo, como consecuencia de una decisión unilateral de la Administración contratante fundada – en cuanto aquí interesa– en razones de interés público.

Ello así, independientemente de que haya sido o no contemplada en el respectivo pliego de bases y condiciones particulares una cláusula en tal sentido, por cuanto se trata de una potestad conferida a la Administración por el propio ordenamiento en salvaguarda del interés público y, valga recordar que, a diferencia de los derechos, las potestades no son renunciables (v. en sentido concordante el Dictamen ONC N° 446/14).

So pena de incurrir en reiteraciones sobreabundantes, deviene oportuno poner énfasis en que la potestad de revocar el contrato por razones de oportunidad, mérito y conveniencia es una prerrogativa que el régimen de contrataciones expresamente reconoce a la Administración por lo que no estaría en cuestión la posibilidad de efectivizar, en su caso, el ejercicio de la misma cuando concurren sus presupuestos habilitantes, como así tampoco sería necesario incluirla en el pliego como cláusula de reserva de revocación o similar.

Esta revocación la realiza la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de recurrir al órgano judicial, en función de la ejecutoriedad del acto administrativo. No media “ilicitud” sino cambio en la valoración del interés público respecto a la existente al momento de contratar, por cuanto, como se señalara con acierto: “...la Administración no puede quedar indefinidamente ligada por contratos que se han convertido en inútiles o por estipulaciones contractuales que actualmente resultan inadecuadas para satisfacer las necesidades originariamente tenidas en cuenta” (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. T. III-A. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998. Pág. 397).

Sin embargo, tampoco quedan dudas en cuanto a que el ejercicio de la aludida prerrogativa conlleva el consiguiente deber de indemnizar el daño emergente, extremo cuya relevancia no es dable pasar por alto.

En otro orden de cosas, si bien el artículo 100 inciso a) del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 –reglamentario del artículo 12 inciso b) del Decreto Delegado N° 1023/01– contempla la posibilidad de disminuir el contrato, en su apartado 6° se aclara expresamente que la prerrogativa de disminuir el monto total del contrato no podrá en ningún caso ser utilizada para disminuir el plazo de duración del mismo, con lo cual dicha opción en este caso queda descartada.

Así las cosas, cabe compartir lo opinado por la DIRECCIÓN DE AUDITORÍA GENERAL de la DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL en el Dictamen N° IF-2018-00650512-APN-DAUG#SPF en cuanto a que: “...incluir una cláusula en la que la ejecución del contrato se encuentre supeditada a la suscripción de la adjudicación en otro trámite no se encuentra prevista expresamente en la normativa aplicable en materia de adquisición de bienes y servicios de la Administración Nacional.”.

No obstante ello, ha de recordarse que, conforme lo establece el artículo 1° del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16: “...Los contratos comprendidos en este reglamento se regirán en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción por el Decreto Delegado N° 1.023/01 y sus modificatorios y complementarios, por el presente reglamento y por las disposiciones que se dicten en consecuencia, por los pliegos de bases y condiciones, por el contrato, convenio, orden de compra o venta según corresponda, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III de la Ley N° 19.549 y sus modificaciones en cuanto fuere pertinente.

Supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, se aplicarán las normas de derecho privado por analogía.” (el subrayado no corresponde al original).

A su turno, el artículo 7° de la Ley N° 19.549 dispone en su párrafo final –a partir de la modificación introducida por el artículo 36 del Decreto Delegado N° 1023/01–, que los contratos que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en el Sector Público Nacional se regirán por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación directa de las normas del Título III (arts. 7 a 22) de dicha ley, en cuanto fuere pertinente.

Respecto de esto último, CASSAGNE advierte: “...*va de suyo que, la expresión ‘en lo que fuere pertinente’, limita el alcance de la aplicación directa de los preceptos de la LNPA que regulan el acto administrativo a la realización de un acto previo de hermenéutica que tiene más similitud con la analogía que con la aplicación lisa y llana de cada precepto. Así, la norma remite a un proceso previo de adaptación de cada requisito o precepto legal, a la naturaleza, estructura y fines que persigue la contratación pública...*” (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2º edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2005. Págs. 62-63).

Corresponde así indagar en procura de una solución, tanto en el ámbito de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, como también en los preceptos del Código Civil y Comercial de la Nación, teniendo presente que en ausencia de una disposición de derecho público que contemple específicamente la situación de que se trata, es lícito hacer uso de la analogía –en tanto técnica de integración normativa–, para extrapolar institutos del derecho privado, con las adaptaciones que fuere menester.

Aclarado lo anterior y en cuanto concierne primeramente a la teoría del acto administrativo, sabido es que, además de los elementos esenciales para su existencia, un acto puede contener otros, usualmente denominados como “accidentales” o “accesorios” (v. artículo 16 de la Ley N° 19.549). Haciendo uso de ellos, la Administración puede particularizar el contenido normal del acto, a fin de poder adoptar una mejor o más eficaz decisión frente a determinados casos particulares que así lo requieran.

En efecto, la doctrina administrativista es conteste al señalar que: “...*el acto administrativo puede contener previsiones accesorias (...). Esto lo revela la propia ley [N° 19.549], cuando en su art. 16 menciona la invalidez de ‘una cláusula accidental o accesorio de un acto administrativo’ (...). Los elementos accidentales, eventuales o accesorios son aquellos que tienden a completar o condicionar el acto administrativo (...). Tienden a regular la exigibilidad, la extensión temporal o la forma como pueden ejecutarse los efectos del acto...*” (SALVATELLI, Ana en TAWIL, Guido Santiago (Director) *Acto Administrativo*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 485 y ss.).

En sentido concordante, al comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, HUTCHINSON ha sostenido que: “...*la Ley también se ha preocupado por distinguir los elementos accesorios o accidentales del acto administrativo de aquellos que revisten un carácter esencial (...).*”

En ciertos casos la Administración puede introducir cláusulas que amplíen o restrinjan el contenido normal del acto. A esas cláusulas, que integran el denominado contenido eventual o accidental de aquel, les asigna la ley la denominación de elementos accidentales o cláusulas accesorias (...).

2. *Condición. La teoría general nos suministra el concepto de condición. Es una cláusula dirigida al acontecimiento futuro e incierto, por la cual se subordina el nacimiento o extinción de los efectos del acto administrativo a la verificación de un hecho futuro e incierto, lo que da origen, respectivamente, a la condición suspensiva o resolutoria...*” (v. HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de Procedimientos Administrativos Ley 19549*. 9º edición. Editorial Astrea. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014. Págs. 142 y ss.”.

Justamente, el concepto de “condición” –como tantos otros– viene dado por el Código Civil y Comercial de la Nación, cuyo artículo 343 prescribe: “*Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.*”.

Sobre el particular, autorizada doctrina civilista tiene dicho: “...*El art. 343 del CCCN viene a reconocer su correcta ubicación metodológica, que es con los actos jurídicos (como un elemento accidental de los mismos, como lo es la referencia a que se trata de una cláusula), y mejora su concepto, pues resalta su función principal, que es influir en la eficacia del acto (sea para producir efectos o para extinguirlos, o sea suspensiva o resolutoria)...*” (v. BUERES, Alberto J. (Dirección). *Código Civil y Comercial de la Nación*,

analizado comparado y concordado. Tomo I. 1º edición. Editorial Hammurabi. Buenos Aires, 2014. Pág. 303).

Pues bien, en sentido técnico se denomina “condición” a una modalidad de los negocios jurídicos. Concretamente es la cláusula por la cual se subordina el nacimiento o extinción de un acto jurídico a que suceda o no un hecho futuro e incierto.

Va de suyo que existen diversos criterios de clasificación de las condiciones, siendo la más relevante aquella que distingue entre condiciones suspensivas y resolutorias. Así, la condición es suspensiva cuando supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Es resolutoria, por el contrario, cuando la condición deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido (v. LORENZETTI, Ricardo Luis (Director). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores. 1º ed. Santa Fe, 2015. Págs. 382 y ss.).

En suma, se está en presencia de una condición cuando los efectos del acto se subordinan a que se produzca, o no, un acontecimiento futuro e incierto. Dichos efectos nacerán o se extinguirán en virtud del cumplimiento de la condición, que será entonces suspensiva o resolutoria.

Luego, cabe tener presente que el artículo 346 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: “*La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario.*”.

De ello se extrae que los efectos ya cumplidos quedan firmes; sus consecuencias se proyectan a futuro, *ex nunc*.

Así lo ha entendido la doctrina, al comparar la anterior regulación con la actualmente vigente, en los siguientes términos: “...*El artículo [543 del derogado Código Civil] fijaba como principio que los efectos eran retroactivos, no admitiendo casos en contra salvo expresa legislación al respecto, lo que producía que los mismos se computaran desde el día de celebración del acto (fuera la condición suspensiva o resolutoria); lo que en general producía arduas discusiones sobre cómo evitar perjudicar a terceros con ello.*”

Análisis de la normativa del CCCN. La norma [346 del Código Civil y Comercial] trae una importante novedad, al fijar como regla general la irretroactividad de los efectos, pudiéndose igualmente pactar en contra, es decir, acordar sus efectos retroactivos de forma expresa.” (v. BUERES, Alberto J. *Op. Cit.* Pág. 304).

Otra de las denominadas cláusulas accidentales es el “plazo”, que constituye otro concepto propio de la teoría general e indica el momento en que comienza el acto a producir efectos jurídicos o bien en que deja de hacerlo (plazo suspensivo y plazo resolutorio, respectivamente).

El artículo 350 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé que la exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo.

Se ha sostenido al respecto que: “...*El elemento plazo, se encuentra íntimamente relacionado con el lapso por el cual surtirá efecto un determinado acto administrativo, o a partir del cual ha de empezar a regir. Este plazo podría ser cierto o incierto, aunque siempre se tratará de un acontecimiento que faltamente ocurrirá (...).*”

La condición, se encuentra ligada a un hecho o acto futuro e incierto a partir de cuya ocurrencia el acto administrativo comienza a surtir efectos hacia terceros o, por el contrario, se extingue...”(GARCÍA PULLÉS, Fernando. *Lecciones de Derecho Administrativo*. 1º edición. Abeledo-Perrot. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015. Pág. 331).

De tal suerte, la principal diferencia que existe entre la condición y el plazo radica en que este último siempre se refiere a un hecho futuro y necesario, aun cuando no se conozca de antemano y con precisión el

momento exacto en que se producirá el vencimiento. Por su parte, la condición también se refiere a un hecho futuro, pero contingente, es decir, no se sabe si ocurrirá o no (Cfr. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Op. Cit.* Pág. 403).

En cualquier caso, como la aplicabilidad de estas causales de extinción provenientes del derecho privado se realiza por analogía, su procedencia depende de un vacío normativo (insusceptible de ser cubierto en forma directa o analógica por el sistema administrativo) y su compatibilidad o adaptación con los principios que rigen la contratación pública (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. Cit.* Pág. 152-153).

Desde esa óptica, en tanto la cuestión que aquí se ventila no cuenta con regulación expresa en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional y tomando en consideración que la doctrina administrativista ha abrevado mayormente en el derecho privado a la hora de comentar el artículo 16 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos –precepto que regula la invalidez de cláusulas accidentales o accesorias del acto administrativo– esta Oficina no advierte incompatibilidad alguna en la aplicación analógica del Código Civil y Comercial de la Nación, con el fin de incluir en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17 una cláusula que, con carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación N° 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

En efecto, en anteriores intervenciones este Órgano Rector ha dictaminado propiciando la incorporación en los pliegos de bases y condiciones particulares de cláusulas análogas a la planteada, señalando lo siguiente: *“En cuanto a la consulta en particular, en el caso en que el organismo consultante inicie un procedimiento de selección a efectos de posibilitar la continuidad del servicio, el pliego de bases y condiciones particulares deberá establecer que la vigencia del contrato se extenderá por el período en que la entidad lo entienda pertinente (vg. un año) o hasta el momento en que corresponda implementar el Acuerdo Marco previsto en el Decreto N° 1190/12, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.” (Dictámenes ONC Nros. 6/13, 245/13, 263/13, entre otros).*”

Consecuentemente, esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES considera que cuando las circunstancias particulares de la contratación así lo requieran podrá establecerse en el pliego de bases y condiciones particulares que la duración del contrato se extenderá por un plazo determinado o bien hasta que suceda determinado acontecimiento.

Huelga aclarar que la eventual extinción del contrato por cumplimiento de la condición no dará lugar al reconocimiento de indemnización alguna en favor del cocontratante, justamente por tratarse de una cláusula voluntariamente aceptada al presentar la oferta.

Así, el artículo 52 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 explícitamente dispone que la presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las normas y cláusulas que rijan el procedimiento de selección al que se presente, por lo que no será necesaria la presentación de los pliegos firmados junto con la oferta.

Asimismo, es ampliamente conocida la inveterada jurisprudencia de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN respecto a que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su posterior impugnación (v. Fallos 305:826; 307:358, entre muchos otros).

A partir de lo expuesto es posible colegir que la incorporación en el pliego de bases y condiciones particulares de una cláusula como la propuesta parecería ser –en principio– una alternativa acorde a las necesidades del organismo y menos gravosa que la revocación del contrato por oportunidad, mérito o conveniencia, en tanto la primera no conlleva el deber de indemnizar al cocontratante frente a una eventual

extinción anticipada del vínculo motivada en el cumplimiento del hecho condicionante, por las razones indicadas *ut supra*.

Máxime si se repara en que en el caso traído a estudio no estaríamos frente a un cambio sobreviniente del interés público durante la ejecución contractual –circunstancia que podría dar fundamento a la revocación por oportunidad, mérito y conveniencia, con deber de indemnizar el daño emergente–, sino que de antemano hay certeza sobre la existencia de un procedimiento licitatorio con el mismo objeto que lleva su curso en paralelo y con una cláusula del tener de la propuesta se busca, precisamente, supeditar la duración del vínculo contractual al acaecimiento de un hecho futuro e incierto, como lo es la adjudicación de la licitación en cuestión, todo lo cual resulta ser, a criterio de esta Oficina, una aplicación práctica y concreta de los principios generales de eficacia y eficiencia que informan las contrataciones públicas, sin menoscabo del principio de igualdad de posibles interesados y oferentes, por cuanto todos tendrán la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de ofertar, la modalidad de ejecución contractual.

Con igual criterio, en un reciente pronunciamiento este Órgano Rector sostuvo que: “...*Si bien se observa que la forma de llevar adelante la contratación en cuestión no es la típica (...) se entiende que con la operatoria propuesta lo que se pretende es no dejar a la Administración Pública ligada por un contrato que luego se convierta en inútil por estipulaciones contractuales que resulten inadecuadas (...)*”.

Ello así, considerando que el modo de ejecución contractual formará parte del pliego, esto le permitirá a los oferentes efectuar las necesarias provisiones mediante el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son base de la licitación (...) al establecer estas provisiones en los respectivos pliegos se respeta el principio de igualdad de posibles interesados por cuanto todos tienen la posibilidad de conocer en forma anticipada, es decir, antes de presentarse a licitar la modalidad de ejecución contractual.” (v. Dictamen ONC N° IF-2018-03793461-APN-ONC#MM, de fecha 22 de enero de 2018).

Por último y sin perjuicio de que pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego –en pos de una mayor certidumbre– que el contrato quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio N° 31-0002-LPU17.

-V-

CONCLUSIONES

En virtud de las consideraciones vertidas en el Acápito IV del presente, esta Oficina Nacional opina lo siguiente:

a) Resulta viable la inclusión, en el proyecto de pliego de bases y condiciones particulares de la Contratación Directa por Urgencia N° 31-0007-CDI17, de una cláusula que, con carácter de condición resolutoria disponga expresamente –sin efecto retroactivo– que la vigencia del contrato se extenderá por un plazo de SEIS (6) meses, más su eventual prórroga o hasta el momento en que tenga lugar el acto administrativo de adjudicación de la Licitación N° 31-0002-LPU17, considerando que el contrato finalizará cuando cualquiera de las citadas circunstancias ocurra en primer término.

b) Aun cuando pueda interpretarse que los efectos resolutorios se producen automáticamente o de pleno derecho una vez cumplido el hecho condicionante, se sugiere al organismo de origen aclarar en el pliego – en pos de una mayor certidumbre– que el contrato quedará formalmente extinguido cuando la Administración así lo declare, mediante el acto administrativo pertinente que de cuentas de la adjudicación recaída en el procedimiento licitatorio N° 31-0002-LPU17.

c) Sin perjuicio de lo indicado en los literales a) y b), atento el tiempo transcurrido, esta Oficina entiende que resultaría conveniente que en lugar de realizar el procedimiento de contratación directa adjudiquen el procedimiento de Licitación Pública N° 31-0002-LPU17, por cuanto de acuerdo a la verificación efectuada

en el sistema COMPR.AR el mismo se encuentra en estado "disponible para adjudicar".

Saludo a usted atentamente.

LCC

HP

AL

DIRECTOR DE CONTRATACIONES

DE LA DIRECCIÓN NACIONAL DEL SERVICIO PENITENCIARIO FEDERAL

Sr. Adalberto Raúl Romero.

S. _____ / _____ D.

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR, o=MINISTERIO DE MODERNIZACION,
ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2018.03.14 13:50:39 -03'00'

Montes María Verónica
Directora
Oficina Nacional de Contrataciones
Ministerio de Modernización

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR, o=MINISTERIO DE MODERNIZACION,
ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2018.03.28 13:21:30 -03'00'

Nestor Aurelio Diaz
Director Nacional
Oficina Nacional de Contrataciones
Ministerio de Modernización

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, c=AR, o=MINISTERIO DE MODERNIZACION, ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2018.03.28 13:21:30 -03'00'