
VISTO:

El recurso de reconsideración interpuesto en contra de los Decretos N°/s 150 y 151/94 del D.E.Municipal de fecha 11 y 12 de Octubre de 1994 por los representantes legales de la U.T.E. Civial S.A. - Up Rom S.A.;

Y CONSIDERANDO:

Que el mismo es admisible formalmente en conformidad con lo establecido en la Ordenanza N° 886/92;

Que por ello corresponde tratar su procedencia sustancial, la cual será analizada puntualmente según las fundamentaciones del recurrente;

Que en primer lugar el recurrente, en lo que hace al procedimiento licitatorio hasta la adjudicación, manifiesta "el proceso licitatorio transcurrió regularmente ..."; "...tanto el comitente como los otros postulantes no formularon observación legítima alguna en relación a la oferta de nuestra representada".

Que en este tema cabe destacar que los restantes oferentes no podían manifestar absolutamente nada, ya que su conocimiento de la oferta del recurrente se limitaba a aquellas ofertas básica y alternativa efectuada en el momento de la apertura y posteriormente oferta básica preadjudicada y no a la oferta contratada. Que asimismo la Municipalidad tampoco tenía conocimiento de la variación entre la propuesta ofertada y la propuesta contratada, ya que evidentemente según las constancias de autos existía connivencia entre la empresa preadjudicada y la consultora Alce o los Sres. Daniel Calveiro y Alberto Palmisciano, encargados de la conducción del proceso licitatorio, lo que impidió a los funcionarios municipales tener conocimiento real de la propuesta que efectivamente se contrataba;

Que en segundo lugar el recurrente dice que "...firmado el contrato respectivo con fecha 28 de Septiembre de 1993..."; "... el contrato tuvo principio de ejecución al haberse efectuado el replanteo de la obra con fecha 11 de Marzo de 1994 y también por pagos efectuados que ascienden a la suma de pesos cien mil (\$ 100.000.-)"; "... el acto de adjudicación se encuentra firme y el contrato se encuentra en ejecución, en consecuencia el mismo es irrevocable en sede administrativa."

Que en este punto se debe indicar una serie de actuaciones de la recurrente y la Municipalidad en lo que hace con posterioridad a la firma del contrato, el cual se firmó el 28 de diciembre y no el 28 de septiembre de 1993 como lo dice la empresa, a saber:

a) Con fecha 17 de Enero de 1993, la recurrente presenta dos pólizas de seguro, una correspondiente a la garantía de ejecución del contrato y otra para eventuales anticipos o acopios,

b) Con fecha 28 de Enero de 1994 se sanciona la Ordenanza N° 972/94, por la cual se adjudica el Rubro "A" de la Licitación de marras a la recurrente,

c) Con fecha 11 de febrero de 1994 se dicta el decreto promulgatorio de la citada Ordenanza,

d) Con fecha 11 de marzo de 1994 se suscribe un documento que dice "Acta de Replanteo. Obra: Sistema desagües cloacales para la localidad de Capilla del Monte, licitada por Ordenanza 911/93 y Adjudicada por Ordenanza 972/94. En la localidad de Capilla del Monte a los once días del mes de marzo de 1994, se reúnen : El Sr. Intendente Municipal Don Diego Sez, el Secretario de Obras y Servicios Públicos Dr. Mariano José Tessi, el Secretario de Planeamiento Don Tristán Alejo Iglesias y los Sres. Ing. Angel Rocchia y Francisco Rombolà en representación de la U.T.E. Civial S.A. y Up-Rom S.A. para dar cumplimiento a lo solicitado en el pliego. Se adjunta y forma parte de esta Acta de Replanteo, nota de presentación, efectuada por las Empresas y nota de aprobación del Departamento Ejecutivo Municipal. De conformidad firman las partes la presente acta en tres ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto en el lugar detallado ut supra.",

e) Con nota de fecha 10 de Marzo de 1994 la Empresa solicita una recomposición de precios , la cual asciende al 23,82%, es decir que el precio de la obra se elevaría de \$ 5.991.316 a \$ 7.418.701,

f) Con nota de fecha 24 de Marzo de 1994 la empresa presenta el plan de trabajo de la obra,

g) Con fecha 18 de Mayo de 1994 se inicia ante la D.I.P.A.S. la solicitud de la autorización para la planta de tratamiento de líquidos cloacales,

h) Con fecha 9 de Junio de 1994 la empresa solicita liberación de la traza a los fines de dar comienzo efectivo a las obras,

i) Con fecha 15 de Junio de 1994 la Municipalidad por carta documento N° 8440 rechaza la recomposición de precios, reitera a la recurrente que la obligación de realizar los trámites necesarios ante organismos del Estado y Privados para la realización de la obra es un deber de la empresa, ratifica que existe causal de rescisión imputable a la contratista por la no iniciación de los

trabajos y por la infracción grave de mandar un cedulón cero a los contribuyentes con una recomposición de precios no autorizada y solicita actualización del certificado de habilitación para contratar de la empresa Civial S.A.,

j) Con fecha 12 de Julio de 1994 SE FIRMA AD REFERENDUM del Concejo Deliberante, entre el D.E.Municipal y los representantes legales de la recurrente un complemento contractual de la contratación resultante de la licitación pública de referencia, por el cual SE MODIFICAN ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO, tales como objeto del contrato en lo que hace a las obras a construir, cronograma y zonas en donde se construiría, forma de pago, plazo de ejecución, recomposición de precios, obligación de la recurrente de presentar nuevo plan de trabajo e inversiones, denuncia de plantel y listado de maquinarias para adecuarlo al presente complemento, y en particular cabe destacar la cláusula octava que dice "EL PRESENTE CONVENIO DEROGA TODA OTRA DISPOSICION CONTRACTUAL QUE SE OPONGA A LA PRESENTE Y AUTORIZA A LA MUNICIPALIDAD A EFECTUAR LAS ADECUACIONES LEGALES QUE PUDIERAN CORRESPONDER, ASI COMO A LA APROBACION PARCIAL DEL PRESENTE COMPLEMENTO POR PARTE DEL CONCEJO DELIBERANTE, EN SU CASO."

k) Con fecha 7 de septiembre de 1994 se recibe nota de D.I.P.A.S. por la cual se efectúan observaciones a la planta de tratamiento presentada por la empresa, tales como inexistencia de estudios preliminares, memoria de cálculo, folletos, planos y tratamiento terciario,

l) Con fecha 16 de Septiembre de 1994 la recurrente solicita pronto despacho en la liberación de la traza, para poder realizar el estudio de suelos de la planta de tratamiento solicitado por D.I.P.A.S. y poder así dar comienzo de la obra en forma efectiva y fehaciente,

m) Con fecha 28 de Septiembre de 1994, el D.E.Municipal le contesta al pronto despacho manifestándole que la traza de las obras a emplazarse en la vía pública se encuentran liberadas desde el 11/03/1994 y que se encuentra vencido el plazo de iniciación de la obra y que existe causal de rescisión imputable a la empresa,

n) Con nota de fecha de presentación el 12 de Octubre de 1994 la empresa contesta a la carta documento precedente y dice entre otras cosas:

1. "es indiscutible que la traza jamás estuvo liberada. Vuestra referencia solamente puede ser interpretada en el sentido que hoy por hoy a) se encuentra liberada la traza para la construcción de la parte de redes, y b) subsiste la orden de detención en lo referido a la planta de tratamiento";

2. "Además, es probable que esa Municipalidad no tenga presente que hemos suscripto un nuevo convenio complementario, modificatorio del firmado el 11/03/1994, por el que se acotan y redefinen obras a realizar, el que subordina su vigencia a la aprobación que del mismo realice el Concejo Deliberante.";

3. "... nos ponemos a su disposición para dar cumplimiento al contrato de acuerdo con cualquiera de las tres variantes...",

4. " comunicar a esa Municipalidad que el próximo lunes hábil (17 de Octubre) daremos inicio efectivo a los trabajos de red en la vía pública en las condiciones apuntadas."

Que en síntesis independientemente de existir causales de rescisión imputables a la empresa, ya sea por la no iniciación de los trabajos dentro del término legal, por negligencia y/o mala fe del recurrente emergente en sus intervenciones, o por la infracción grave del perjuicio causado a la confianza en la obra al mandar a los vecinos un cedulón cero con una recomposición de precios no autorizada, se observa que el ORIGINAL CONTRATO DE OBRA PUBLICA celebrado el 28 de diciembre de 1993 NO TENIA VIGENCIA NI ESTABA EN EJECUCION AL MOMENTO DE LA REVOCATORIA, ya que el NUEVO CONVENIO, suscripto entre el D.E.Municipal y la empresa recurrente con fecha 12 de julio de 1994, por el cual- tal como lo reconoce precedentemente el recurrente- se redefinía y acotaba el objeto del contrato con modificaciones esenciales del mismo, significaba lisa y llanamente QUE SE EXTINGUIAN O MODIFICABAN ESENCIALMENTE LAS /////

OBLIGACIONES DEL CONTRATO ORIGINAL POR UN NUEVO CONVENIO CONDICIONADO A LA APROBACION POR PARTE DEL CONCEJO DELIBERANTE CON LA NECESARIA POSTERIOR INTERVENCION DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, Y QUE MIENTRAS NO SE RESOLVIERA POR PARTE DEL C.D. LA CONDICION SUSPENSIVA DEL NUEVO CONVENIO, EL CONTRATO ORIGINAL NO TENIA VIGENCIA. Es por ello que la mentada Acta de Replanteo- acto consecuente del contrato original, que según la recurrente debía ser completada o bien que carecía de los puntos fijos de amojonamiento y nivelación; y al margen de la cuestión de la inexistencia en la misma de los requisitos exigidos por la Ley 6080 a los fines de su nulidad, dejó de tener toda posible virtualidad jurídica en el momento de la firma del nuevo convenio, ya que el nuevo convenio implicaba la necesidad de una nueva acta de replanteo, que diera principio de ejecución al nuevo convenio.

Que conforme a ello, si la Municipalidad hubiera decidido rescindir el contrato por culpa imputable a la contratista con POSTERIORIDAD al 12 de Julio de 1994, fecha de la firma del nuevo convenio, sobre los siguientes fundamentos, a saber: a) por la negligencia y mora incurrida por la empresa en iniciar la

solicitud de la autorización de los Organismos del Estado Provincial, luego de haber transcurrido dos meses desde la denominada acta de replanteo, b) por el vencimiento del plazo legal para iniciar la obra a partir de la llamada acta de replanteo, ò c) por los actos graves de la contratista al atentar contra la confianza pública en la obra, al enviar un cedulón cero con mayores costos a los contribuyentes sin su correspondiente aprobación por el D.E.Municipal, no hubiera sido posible ya que el nuevo convenio, había dejado sin vigor todos los actos posteriores al contrato original y en especial al acto llamado ACTA DE REPLANTEO, y por ende el contrato original no tenía principio de ejecución, tal estado jurídico es reconocido y consentido por la empresa en su última nota de fecha 12/10/1994, en la cual dice "ES PROBABLE QUE ESA MUNICIPALIDAD NO TENGA PRESENTE QUE HEMOS SUSCRITO UN NUEVO CONVENIO COMPLEMENTARIO, MODIFICATORIO DEL FIRMADO EL 11/03/1994, POR EL QUE SE ACOTAN Y REDEFINEN OBRAS A REALIZAR, EL QUE SUBORDINA SU VIGENCIA A LA APROBACION QUE DEL MISMO REALICE EL CONCEJO DELIBERANTE... NOS PONEMOS A SU DISPOSICION PARA DAR CUMPLIMIENTO AL CONTRATO DE ACUERDO CON CUALQUIERA DE LAS TRES VARIANTES..."

Que de esa manera, no sólo la nominada acta de replanteo de fecha 11/03/1994, sino también el ANTICIPO por \$ 100.000.- de la Municipalidad a la empresa carecía de virtualidad de pago para las obligaciones municipales emergentes del contrato original. Por ello dicho pago no puede ser considerado tampoco como principio de ejecución del contrato original, ya que desde el momento de la firma del nuevo convenio, el mismo ya no era un pago del contrato original sino que debía ser considerado como un anticipo futuro de las obligaciones de la Municipalidad resultantes del nuevo convenio cuya eficacia estaba sujeta a la aprobación por parte del Concejo Deliberante y a la posterior visación del Tribunal de Cuentas.

Que por ello, en virtud del citado convenio y por las constancias obrantes en el Expediente Licitatorio de marras, al momento de la revocatoria el contrato original no estaba VIGENTE, y los mencionados actos indicadores de principio de ejecución del contrato original ya no tenían virtualidad jurídica para el mismo y ni existía acto alguno de ejecución de la obra por parte de la empresa.

Que no obstante si se considerase como una cuestión opinable el tema de la existencia o no del principio de ejecución del contrato original y aún sobre la base de los aparentes derechos subjetivos de la recurrente, cabe señalar que el contrato en cuestión debido a la entidad y gravedad del vicio con participación y conocimiento del mismo por el recurrente en el momento de su génesis no gozó nunca de la estabilidad propia de los actos regulares, puesto que el aparente derecho subjetivo del recurrente no podía ser nunca verdaderamente derecho debido a la inexistencia de sustento ético jurídico causado por la gravedad del vicio. En esa instancia, la revocación en sede administrativa se impone ante la lesión a la juridicidad y a los intereses públicos colectivos generales y concretos en juego, ya que bajo ningún punto de vista en dicho caso se podía invocar la existencia de derechos adquiridos, ni cosa juzgada administrativa o derechos subjetivos.

Que en este punto de la estabilidad del contrato administrativo en cuestión, se debe destacar, independientemente de la validez y suficiencia de la causal de revocación invocada y la participación y responsabilidad de la consultora conductora del proceso licitatorio, las cuestiones relativas a la falta de estabilidad del contrato administrativo indicadas en el dictamen del Asesor Letrado en referencia a la necesidad del presupuesto formal del contrato, es decir la adjudicación correspondiente al D.E.Municipal - como acto administrativo pre contractual, la cuestión relativa a la diferencia entre la oferta preadjudicada, la oferta adjudicada y la oferta contratada y la intervención del Tribunal de Cuentas en lo que hace a la eficacia del acto.

Que en este sentido y sobre la base de la relación jurídico-administrativa vigente al momento de la revocatoria era absolutamente necesario y legal a través de la potestad autoanulatoria del Estado Municipal reestablecer en forma directa e inmediata la juridicidad vulnerada.

Que en tercer lugar el recurrente al tratar la cuestión fáctica de la variación entre la planta ofertada y la planta contratada, habla de un supuesto error de hecho no esencial al contrato e imputable a la Municipalidad de Capilla del Monte por el cual debería indemnizar a la recurrente. Asimismo dice que no obraron con dolo o mala fe, ni incurrieron en ninguna conducta maliciosa ni ardida a los fines de la adjudicación de la obra.

Que en este punto cabe por un lado precisar que no estamos ante un error de hecho sino ante un vicio en el objeto del contrato. A este respecto cabe citar al Dr. Agustín Gordillo el cual enseña en su obra El Acto Administrativo, que si el administrador aprecia erróneamente los hechos o el derecho, y en / base a ello dicta una decisión que tiene total y certera voluntad de dictar, en tal caso no hay vicio de la voluntad con relación al acto, pues el administrador ha dictado el acto que quería dictar y el error se refiere a la apreciación de los hechos o del derecho aplicable, y constituye por lo tanto un vicio en el objeto

del acto, pero no un vicio de error en cuanto vicio de la voluntad.

Que aparte en este caso concreto dicho vicio es generado conforme a la prueba directa e indirecta obrante en estas actuaciones por la connivencia dolosa de los representantes legales de la empresa contratista y los integrantes de la consultora conductora del proceso licitatorio y contractual.

Es decir que no se trata de un error de hecho no esencial no imputable a la recurrente. Se trata de un vicio gravísimo en el objeto del contrato generado con la participación conjunta de los responsables mencionados;

Que en lo que hace a la cuestión concreta de la variación entre la planta ofertada y la planta contratada no obstante el informe técnico previo integrante del acto administrativo de la revocatoria, se requirió informe a la D.I.P.A.S., el cual concluye entre otras consideraciones, que las plantas no pueden ser consideradas como iguales, con diferencias no solo físicas sino de sus procesos biológicos, con mayores posibilidades de eliminar la mayor parte del nitrógeno por parte de la planta carrousel, y con menor costos de mantenimiento por parte de ésta en lo que hace a productos químicos y a la mano de obra permanente. Que a los efectos de exhaustividad y certeza se requirió al Ing. Bella, profesional reconocido en la materia, el desarrollo de los proyectos de cada una de las plantas a los fines de determinar efectivamente las diferencias entre ambas y los costos de construcción. Como resulta del mismo, se obtiene que la planta carrousel ofertada tiene un costo-costo, sin I.V.A. y adicional alguno de \$ 988.451, mientras que la planta compacta contratada tiene un costo-costo, sin I.V.A. y adicional alguno de \$ 776.700.

Que como resultado de ello se confirma a través de estudios exhaustivos y especializados lo acreditado en el acto de la revocatoria, es decir que la planta contratada, al margen de ser diferente a la planta ofertada, significaría para la Municipalidad mayores costos en su operación y para la empresa un lucro mayor por el ahorro en los costos de la construcción.

Que durante las gestiones tendientes a efectuar los proyectos y los costos de construcción de las plantas, se acreditó que la Empresa Ecosystem S.A. cotizó la planta compacta contratada al Sr. Alberto Palmisciano integrante de la Consultora conductora del proceso licitatorio y que parte de la documentación técnica presentada por la empresa a la D.I.P.A.S. para su autorización, fue confeccionada con papel membretado de la Consultora Alce. Estos indicios conjuntamente con la nota de la U.T.E. de fecha 20/12/1993 y la nota de la Consultora Alce de fecha 23/12/1993 relevan la participación conjunta de los representantes legales de la empresa contratista con los responsables de la conducción del//

procedimiento licitatorio y contractual en actos que debían ser realizados exclusivamente por la contratista. Ahora bien la cuestión adquiere ribetes anormales cuando como producto de dicha tarea conjunta se obtiene que las autoridades municipales firmen un contrato con la creencia que el objeto del contrato es un objeto lícito y se obtenga de ese modo un lucro indebido por los ahorros de construcción de la planta contratada en relación con la planta ofertada que les permitió obtener la preadjudicación, no obstante el perjuicio a la Municipalidad por las diferentes características en la prestación de las plantas y por los mayores costos de mantenimiento que significaban la planta contratada.

Que como resulta final se verifica la existencia en forma indubitable del vicio grave en el objeto del contrato generado por la connivencia dolosa de los representantes legales de la empresa contratista y los representantes legales de la empresa conductora del proceso licitatorio y contractual de la licitación pública de la Ordenanza N° 911/93.

Que ante ello la única cuestión pendiente es determinar la legalidad o no de la anulación en sede administrativa.

Que en este aspecto en primer lugar se debe destacar que el derecho aplicable estatuido en la Ordenanza N° 886/92 a través del régimen de invalidación de los artículos 96° a 100°, prevee la norma legal para la revocación en sede administrativa de los actos administrativos ya sean por vicios de nulidad o anulabilidad.

Que si se remite a la jurisprudencia y doctrina relacionada, es dable colegir que tratándose de un contrato administrativo irregular por su nulidad absoluta, no vigente al momento de la revocatoria, con actos de principio de ejecución sin virtualidad jurídica, y sin derechos subjetivos que se estuvieran cumpliendo efectivamente, y con participación dolosa y/o mala fe y conocimiento por parte del contratista del vicio grave en el objeto del contrato, y sin la existencia de valla alguna en cuanto a la ejecutoriedad del acto de la revocatoria que haga necesaria la actuación del Poder Judicial y con normativa legal que permita la anulación en sede administrativa, se debe concluir con la procedencia de la anulación del contrato en sede administrativa;

Que a los fines de exhaustividad, y aparte de la norma legal, las inferencias mencionadas de la jurisprudencia y la doctrina contencioso-administrativa pertinente, es congruente resaltar lo manifestado por el Dr. Julio R. Codamira en su obra el Acto Administrativo Municipal, que dice " cabe

preguntarnos si es, en rigor, totalmente coherente que la Administración pueda, por ejemplo, disponer por sí y ante sí la caducidad de un acto administrativo cuando el particular no cumple con las obligaciones en él establecidas, o resolver por sí la rescisión de un contrato fundada también en el incumplimiento del particular, accionando en

ambos casos, sobre relaciones generadoras de derechos subjetivos, y no pueda, en cambio, anular un acto o contrato cuando ellos aparezcan afectados por un vicio determinante de la nulidad absoluta."

Que atento a que los comportamientos de los representantes legales de la Empresa recurrente y los de la empresa consultora conductora del proceso licitatorio, al margen de constituir causales suficientes en cuanto a la generación existencia del vicio grave en el objeto del contrato y a la falta de moralidad debida por la contratista, contienen elementos de los tipos delictivos de la defraudación contra la Administración Pública, se torna un imperativo poner en conocimiento de los mismos a las autoridades del Fuero Penal, tal como ya fuera indicado en el acto administrativo de la revocatoria con fecha 11 de Octubre de 1994.

Que en lo que respecta a la reconsideración del Decreto N° 151/94, el recurrente no ha manifestado la existencia de vicio alguno del mismo, y no existiendo en dicho acto ningún vicio manifiesto corresponde declarar la no procedencia del recurso en contra del mismo;

Que a los fines de explicitar la fundamentación del presente acto se remite brevisis causae al informe de la D.I.P.A.S, al del Ing. Bella y al dictamen del Asesor Letrado Municipal, los que integran parte de la motivación del mismo, y a las constancias obrantes en el Expediente N° 2015 de la licitación pública de la Ordenanza N° 911/93;

Que por todo ello y lo preceptuado por la Ordenanza Municipal N° 886/92 y la Ley Provincial N° 8102;

El Departamento Ejecutivo Municipal

D E C R E T A

Art. 1°.-:RECHAZAR el recurso de reconsideración interpuesto por los Sres. ANGEL MARIA ROCCHIA, L.E. N° 6.445.612 y FRANCISCO ROMBOLA, DNI N° 4.303.759, en nombre y representación de CIVIAL S.A. - UP ROM S.A. UNION TRANSITORIA DE EMPRESAS, en contra de los Decretos N° 150/94 y 151/94 del D.E.Municipal de Capilla del Monte en virtud de las consideraciones de hecho y derecho del presente acto.-

Art. 2°.-:PONER EN CONOCIMIENTO del Sr. Fiscal de Instrucción de las conductas precedentemente citadas de los representantes legales de la Empresa Contratista y de la Empresa Consultora conductora del proceso a los fines de la investigación judicial penal correspondiente.-

Art. 3°.-:El presente Decreto, será refrendado por el Sr. Secretario de Economía y Finanzas y el Sr. Secretario de Obras y Servicios Públicos.-

Art. 4°.-:COMUNIQUESE, publíquese, dêse al Registro Municipal y archívese.-

Capilla del Monte, 20 de Marzo de 1995.-

firmado: GABRIEL BATTAGLIA OSVALDO J.A. OROS DIEGO SEZ

Sec. O. y S.Pcos. Sec.Ec.y Fzas. Intendente Municip.