

**Sr. PRESIDENTE DEL  
TRIBUNAL DE CUENTAS  
DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT**

**S / D**

RAWSON, 31 de julio de 2018.-

**Ref.:** Expte. Nro. 38.299, s/ antecedentes

Adecuaciones L. Púb. 19/12 IPVyDU.

Vienen a consideración de la Asesoría Legal las actuaciones de referencia, por las cuales el IPVyDU tramita la aprobación de una adecuación para subsanar daños como consecuencia de la contingencia climática ocurrida el 30 de marzo y el 06 de Abril de 2017, en la reparación y terminación de viviendas y obras de infraestructura, en el Barrio 34 viviendas de la Cooperativa Patagonia Ambiental, en el km 14, de la ciudad de Comodoro Rivadavia, con otras especificaciones técnicas, por un monto de \$2.155.114,61 (cfr. Ley Prov. I Nro.11, art. 32 y 33, cc).-

A fin de evitar reiteraciones innecesarias, habiendo previamente tomado plena vista de las actuaciones de referencia, y a modo de *brevitatis causae*, al dictamen de fs. 652 y 630/1 me remito, con el señalamiento que más adelante realizo; no obstante agrego y señalo que obra fs. 682/3 la resolución nro. 160/18, por la cual se deja sin efecto la contratación directa nro. 06/17, a fs. 656/7 el proyecto de acto administrativo de aprobación de adecuaciones, y a fs. 685 la nota de elevación; dándose por cumplimentadas las exigencias legales del Acuerdo nro. 408/00 T.C.C.P.-

Ahora bien, recordare lo dictaminado bajo el número 39/2018, por prestar similitud a lo que acontece en estas actuaciones y ser conocido por el comitente, y por considerar el presente caso una circunstancia fronteriza entre la adecuación y el adicional.-

La **Adecuación**, establecida en los arts. 32 y 33 y c.c. L.O.P., importa el ejercicio de una prerrogativa modificatoria de un contrato en curso de ejecución, aplicándose al mismo la totalidad del régimen regulador del anterior –no requiere la celebración de un nuevo contrato-, porque se trata de una alteración del proyecto original que produce modificaciones, aumentos o reducciones de costos o trabajos contratados –que exhiben directa relación con la obra original-, necesarios para el buen funcionamiento, completamiento y/o mejoramiento del proyecto contratado, **son simples variantes necesarias para mejorar la calidad o funcionalidad de la obra**, reducir su plazo de ejecución, hacer más conveniente su ritmo de certificación y pago, reducir costos, aprovechar innovaciones tecnológicas, corregir errores o completar omisiones del proyecto original, etc., y que resultan obligatorios para el contratista, siempre y cuando no excedan el 20% del valor total de las obras.-

Y por otro lado encontramos el **Adicional**, establecido en el art. 7.e) LOP, que se aplica “cuando deban realizarse trabajos que resulten indispensables en una obra en curso de

*ejecución. El importe de estos trabajos no debe exceder del 20% del monto total contratado.” Si bien la circunstancia fáctica descrita para el caso en particular trata de una obra **imprevista e indispensable** -supone un grado mayor de necesidad-, ante una circunstancia **sobreviniente, externa** al contrato y **ajena** a las partes, **NO importa un trabajo nuevo**, adicional a la obra principal, que configure un todo distinto, pues **tiene vinculación directa con el proyecto primitivo**, aunque de algún modo **sin esta obra la principal resulte inservible**, que es lo que constituye un adicional.-*

No huelga señalar que en caso de duda –zonas grises- debe estarse por considerar que se trata de una adecuación y no de un adicional, y esto tiene fundamento en el principio de mantenimiento de las condiciones del contrato original, una suerte de estabilidad y previsibilidad jurídica (Cfr. Rodolfo Carlos BARRA, Contrato de obra pública, tomo 3, Ed. Ábaco1988, capítulo XIX, pto. 224). Y considerando que la obra se encontraba ejecutada en un 99,46%, con entrega provisoria, es decir, prácticamente finalizada la ejecución; que la adecuación no supera el 20% del monto total contratado; que las obras son de limpieza para la reconstrucción de lo dañado; que debe primarse siempre la continuidad contractual, sobre la base de las mismas condiciones contractuales, para sanear contingencias que entorpecieron la concreción de la ejecución en su tramo final y no que destruyeron la totalidad de las obras ejecutadas, ni la imposibilitaron; es que soy de la opinión de encuadrar la tramitación en una adecuación, tal como el comitente lo proyecta, en merito a la casuística ensayado precedentemente.-

Por último, respecto a la aplicación de lo establecido en el artículo 1268 C.C.yC., el mismo prescribe sobre los efectos de la resolución contractual por deterioro de obra a causa de caso fortuito o fuerza mayor. Entiendo que no se aplica al caso concreto puesto que en el asunto bajo examen no se proyecta la resolución contractual, y porque el derecho administrativo contiene una solución distinta, prevista en los artículos 37 y 68 de la L.O.P.-

Artículo 37 de la L.O.P., al respecto dice: *“El contratista será indemnizado por daños consistentes en la destrucción, pérdida o avería de materiales, certificados, o de obras ejecutadas que tengan por causa directa hechos culposos de empleados de la administración, en el desempeño de tareas inherentes al empleo, por hechos naturales o por actos de poder público que reúnan en todos los casos los caracteres de causa fortuita o de fuerza mayor. El contratista, so pena de pérdida del derecho a la indemnización, deberá presentar la reclamación correspondiente en las condiciones y plazos que fije la reglamentación.*

*La procedencia de la indemnización deberá ser resuelta dentro del plazo de noventa (90) días, previo dictamen de la repartición respectiva.*

*La indemnización se fijará, en cuanto ello sea posible, de acuerdo con los precios del contrato.*

*Queda autorizado el Ministerio a abonar la indemnización con el crédito de la obra.”*

Y concordantemente, el artículo 62 dice: “Será, asimismo, causa de rescisión, el caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite el cumplimiento del contrato. En este caso se pagará al contratista la obra que hubiera ejecutado conforme a las estipulaciones del contrato y los materiales acopiados que fueran de recibo.”

Si bien acontecieron hechos de la naturaleza que configuran una fuerza mayor, que excepcionan del cumplimiento al deudor/empresa, no se imposibilita el cumplimiento del contrato, sino que se entorpece, siendo voluntad de ambas partes de dar continuidad al mismo y terminarla con obras que no superan el 20% del monto de la obra. De modo alguno puede indemnizarse o compensarse al contratista sin concebirse un enriquecimiento sin causa. Su labor es retribuido durante la ejecución del contrato con el pago de los certificados de avance de obra y redeterminaciones, y los trabajos que deben rehacerse o complementarse, como consecuencia de la fuerza mayor acaecido sobre la obra, serán retribuidos conforme a las previsiones establecidas en el pliego.-

***Obiter Dictum.***

Sin perjuicio de lo expuesto, a modo de digresión, debo señalar que la contratación de la obra principal, se tramitó mediante el llamado de la licitación pública nro. 19/12, del año 2012, renglón II, para proyectar y construir 34 viviendas, dentro de un plazo de ejecución de 590 días, con fecha de inicio el 17/04/2013.-

El temporal, con aluvión, del 30 de marzo y del 06 de Abril de 2017, importa, sin duda, un supuesto de fuerza mayor de la naturaleza en la ejecución de la obra de marras. No ha podido preverse, o previsto, no ha podido evitarse. Resulto imprevisible; irresistible; extraño a las partes; actual -origen posterior a la causa de la obligación-; sobreviniente a la ejecución de la obra; insuperable o que imposibilitó el cumplir de la obligación (cfr. obra de Alterini, Ameal, López Cabana "Derecho De Obligaciones").-

Aun así debe decirse que si la obra se hubiese ejecutado dentro del plazo previsto en los pliegos, incluso con una razonable y justificada prórroga, se hubiesen entregado con suma anterioridad al episodio climático. Ya llevan cinco años, sin constancia de aplicación del artículo 36, o del 58.b) o c), de la L.O.P. Esta circunstancia debe remarcarse en torno a la responsabilidad de los funcionarios, que presuntivamente han actuado con negligencia.-

Es mi opinión legal.-

**DICTAMEN Nro. 95/18.-**

**Gonzalo TORREJÓN .**  
**\* Asesor Legal \***  
**TRIBUNAL DE CUENTAS**