

Título: [La justificación de la inacción administrativa basada en el desamparo por mora](#)

Autor: [García Rajo, Eduardo](#)

Publicado en: [RDA 2018-120, 05/12/2018, 1097](#)

Cita Online: [AP/DOC/851/2018](#)

El fallo en comentario consiste en el decisorio de la Corte de Justicia [\(1\)](#) de la provincia de Catamarca que —por mayoría— rechazó una acción de amparo por mora intentada por una empresa contratista de obra pública que requirió el pago de un certificado de redeterminación definitiva de precios mediante gestiones de reclamo que culminaron en la presentación de un Pronto Despacho, que, al no obtener respuesta, desencadenaron el proceso.

Obviaré cualquier consideración respecto al contenido doctrinario del instituto del amparo por mora, descontando su conocimiento por el lector y así poder concentrarme en el aspecto nodal del comentario, en el acotado espacio disponible.

Cronológicamente los hechos se desarrollaron así, a estar a los considerandos del fallo en análisis: 1. El 26 de agosto de 2011 La actora solicita certificación y pago de la Redeterminación Definitiva del Adicional 1 de la obra "Estadio Ciudad de Catamarca. 2. El 16 de octubre de 2012 (un año y dos meses después) la Dirección de Obras por Contrato, dependiente del Ministerio de Obras Públicas de la provincia, emite el Informe Técnico 563, dictaminando que debía ser aprobada la Redeterminación Definitiva solicitada. 3. El cinco de marzo de 2013 (cinco meses después) la Contaduría General de la Provincia expresa observaciones, tanto a la Administración cuanto a la actora, que el 18/07/2013 vuelve a reclamar la resolución del pedido que se encuentra detenido por problemas burocráticos "afirmando conocer que uno de ellos es la falta de partidas presupuestarias" (según consigna el voto de la señora Ministro doctora Molina), lo que nunca fue refutado por la Administración. 4. El 15 de abril de 2016 la actora insiste con su reclamo al señor Ministro de Obras Públicas de la provincia por la paralización del trámite y ante el silencio de este, formula, con fecha 31 de mayo de 2016 Pronto Despacho. Finalmente, el 7 de noviembre de 2016 se promueve la acción judicial por amparo por mora.

Es destacable que la Dirección de Obras provincial demoró un año y dos meses para analizar y aprobar la procedencia de la certificación y pago de la redeterminación de precios solicitada. A su vez, la Contaduría General de la Provincia tuvo a estudio el expediente por el lapso de cinco meses, luego de lo cual emitió "observaciones" al mismo. En total transcurrieron un año y siete meses para que la Administración estudiara el pedido, sin perjuicio de que guardó luego silencio por el lapso de tres años y ocho meses, exceptuando las "observaciones" apuntadas. El total de tiempo que corre desde el reclamo inicial hasta la interposición de la demanda alcanza entonces a más de cinco años y tres meses.

La mayoría entendió que como la Contaduría General había efectuado las "observaciones" tanto a la Administración cuanto a la actora y en razón de que aquella no evacuó las observaciones o no demostró que no le correspondía hacerlo, argumento del voto del señor Ministro preopinante doctor Cippitelli, quien concluye que "mal se puede reclamar, que se exija a la Autoridad Administrativa que resuelva cuando, existe un obstáculo para ello y el requirente no es ajeno a dicha situación".

Nos abocaremos en este comentario a dilucidar si tal "obstáculo" existió y en tal caso, si tiene entidad para interrumpir el silencio administrativo, base de la acción de amparo. Para ello deberemos analizar sucintamente el marco legal provincial y las naturalezas jurídicas de los certificados de obra y entre ellos, el de redeterminación de precios. La procedencia del mismo, ante la onerosidad sobreviniente es indiscutible [\(2\)](#) y tampoco fue objetada en este caso.

La Constitución de Catamarca, como otras, estatuye expresamente la norma en su art. 40, que reza: "Contra todo acto, decisión u omisión de los agentes administrativos que violen, amenacen o menoscaben derechos garantizados por esta Constitución o por las leyes sancionadas en su consecuencia, y que ocasionen un gravamen irreparable por otro medio, procederá al amparo, que se sustanciará judicialmente, por procedimiento sumario y sin necesidad de reglamentación previa".

La manda constitucional es reglamentada por la ley provincial 4795 que en su art. 2° dice: "Su presupuesto fáctico será una situación objetiva de demora administrativa en cumplir un deber concreto en un plazo determinado y en caso de no existir este, si hubiere transcurrido un plazo que excediere lo razonable, sin emitir dictamen o resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado".

La intervención de la Contaduría provincial tiene base en lo normado por el art. 5° del decreto-acuerdo 1154/2013 que establece: "La aprobación de la Redeterminación de precios de los contratos de Obra Pública, sea provisorias o definitivas, previo ajuste de las garantías del contrato y disponibilidad presupuestaria corresponde al Ministerio de Obras Públicas. En las redeterminaciones de precios definitivas deberá tomar intervención Contaduría General de la Provincia".

Pero cabe destacar que el régimen provincial, en punto al control de legalidad, tiene dos vertientes, el control externo, que lo ejecuta el Tribunal de Cuentas de la provincia, que es un Organismo Autárquico creado por la Constitución Provincial y cuya organización y funcionamiento está reglamentada por su ley Orgánica 4621 y su modificatoria 4637.

El control interno lo ejerce la Contaduría General, cuya estructura y alcance está dado por la ley provincial 4938 del año 1998, denominada "Administración Financiera, de los Bienes y Sistemas de Control del Sector Público", que en su art. 120 expresa: "El Sistema de Control Interno estará conformado con la Contaduría General como órgano normativo, de supervisión y coordinación; y por las unidades de auditoría interna creadas o a crearse en cada Jurisdicción y Entidad del Poder Ejecutivo Provincial. Estas unidades de auditoría interna dependerán jerárquicamente de la autoridad superior de cada Jurisdicción o Entidad y actuarán coordinados técnicamente por la Contaduría General".

Sin embargo, en su Título VI, denominado "Del sistema de contrataciones", art. 87 se dice que: "No obstante lo prescripto por el artículo anterior, todo lo referente a Obras Públicas se regirá por la Ley y Reglamentación específica en la materia, siendo la normativa del presente Título de aplicación supletoria".

Determinado el marco legal local aplicable, conviene —a efectos de desbrozar la plataforma de análisis— subrayar la noción de los certificados de obra pública, y las notas comunes y diferencias existentes entre los certificados de obra y los de redeterminación de precios, antes llamados de "variaciones de costos".

A nivel nacional, cabe recordar que el art. 7º de las "Normas aclaratorias y complementarias del dec. 1295/2002" sancionado por la resolución conjunta 396/2002 establece en su inc. c) que: "Los certificados de adecuación provisoria de precios estarán sujetos al mismo régimen que los certificados de obra, a todos los efectos." En idéntico sentido, el art. 39 del dec. 691/2016, que reemplazó al anterior régimen: "A los certificados emitidos como consecuencia de la aplicación del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional —ya sean emitidos en virtud de redeterminaciones definitivas o adecuaciones provisionales—, les será de aplicación la normativa vigente que rige a los certificados de obra".

En el ámbito provincial la ley 2730 de Obras Públicas de la provincia mantiene el mismo tratamiento para ambas especies, así, su art. 58 dice: "Dentro del mes siguiente al que se efectúen los trabajos o acopios, la Administración expedirá el correspondiente certificado, como así también los de adicionales o de reajuste a que hubiere lugar y el provisorio de variaciones de precios". El artículo siguiente establece un plazo de pago de 60 días corridos desde la firma del certificado por el contratista, a partir de lo cual corren intereses "a la tasa fijada por el sistema bancario oficial para descuento de certificados de obras públicas".

Lo anterior está en sintonía con lo establecido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que el precio de oferta más los reajustes constituyen el precio del trabajo, protegido por el art. 17 de la CN (3) La diferencia entre ambos títulos es que mientras el certificado de obra es expedido por el comitente —quien incluso puede efectuarlo eventualmente sin la participación del cocontratante— el de redeterminación de precios debe ser requerido por el contratista.

Con referencia al certificado de obra se ha dicho que "[e]s un instrumento fehaciente con el cual se acredita el monto de la obra cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado el quantum del crédito pertinente del contratista por esa parte ejecutada. Constituye una constancia del crédito en favor del empresario. Es el antecedente inmediato de la orden de pago estatal" (4).

Bezzi enseñaba que "[l]a operación (de medición) se lleva a cabo con intervención del representante técnico de la empresa constructora, quien puede hacer constar en el acta los fundamentos de su conformidad..." (5).

Fiorini, en el mismo sentido: "Los pagos al empresario se realizan por una documentación denominada certificado de obra. El certificado de obra se entrega previa medición o verificación de los trabajos parcialmente realizados, estableciéndose los distintos rubros que integran dichos trabajos" (6).

Marienhoff remite a la definición contenida en el art. 42 de la ley 7201, luego derogada por la ley 7482, pero que en esencia expresa la misma definición de la vigente ley 6021 de la provincia de Buenos Aires, en su art. 41: "A los efectos de esta ley se entiende por certificado todo crédito documentado que expida la Administración al Contratista con motivo del contrato de Obra Pública" (7).

El mismo temperamento adopta Mó (8), quien también se refiere al art. 41 de la ley 6021 de la provincia de Buenos Aires, agregando lo siguiente: "La certificación se hace tanto en la obra privada como pública; en la primera está a cargo del director de obra, en la segunda se realiza por intermedio de los funcionarios estatales debidamente autorizados".

Por su parte, Barra, coincidentemente enseña: "Ese certificado de obra es una declaración de la

Administración comitente, referida a una relación de derecho público —contrato de obra pública— destinada a reconocer un crédito a favor del contratista". (9).

Y la ley vigente de la provincia de Catamarca dice en su art. 53: "A los efectos de esta Ley, se entiende por certificado todo crédito documentado que expide la Administración al contratista con motivo del contrato de obra pública".

Establecido lo anterior, queda claro que el certificado de obra, tal como lo refiere toda la doctrina y la pacífica jurisprudencia de la Corte, es un documento expedido por la Administración, previa medición de los trabajos realizados, que acredita un título de crédito a favor del contratista particular como pago provisorio y parcial, dado que es casi imposible que una firma constructora posea el capital necesario para poder costear el totum opus, siendo este expediente el remedio para facilitar el desarrollo económico financiero del avance de los trabajos.

La diferencia con el certificado de redeterminación de precios estriba fundamentalmente en que este está motivado no por lo construido en un período determinado sino por la onerosidad sobreviniente entre el precio al tiempo de su oferta —plasmado en la respectiva contrata— y el de la ejecución de los diversos ítems, contenidos en los guarismos expresados en la desagregación de aquellos precios.

Por ello, el régimen legal le exige al contratista particular que solicite expresamente el reconocimiento de la Administración y presente los cálculos en cuya virtud funda su pretensión de resarcirse de los mayores costos sobrevinientes a efectos de preservar la ecuación económica financiera tenida en mira al contratar. Y le impone, además, la metodología y los índices de referencia que deberá tomar para efectuar su reclamo, reservándose la facultad (10) de revisarlos y eventualmente aprobarlos mediante su certificación y la consecuente orden de pago, materializada, como se ha visto en un "certificado" que tendrá el mismo régimen que el certificado de obra, pues como bien lo estableció el Tribunal Cimero, finalmente ambos certificados constituyen el precio de la obra ejecutada.

Ya la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados, realizada en Lima en 1947 votó la resolución que en su art. 2º expresaba que el contratista "tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de equidad" (11).

Marienhoff lo expresa claramente al decir: "¿Qué procedimiento debe seguir el cocontratante para obtener que se le reconozca su derecho al expresado mayor costo?" (12).

La antigua ley 12.910 en su art. 2º dice que "[l]a Administración resolverá en cada caso sobre la procedencia y forma de hacer efectiva la absorción de las diferencias a que se refiere el art. anterior" y el actual art. 55 de la ley 6021 de la provincia de Buenos Aires, art. 55: "El Ministerio respectivo reconocerá (13) las variaciones de precio derivadas o motivadas por actos del poder público, causas de fuerza mayor y/o de la situación de plaza. Tales variaciones se reconocerán sobre todos y cada uno de los elementos, rubros o insumos que integren el precio, según lo establezca la reglamentación".

El dec. 1295/2002 primera norma nacional de redeterminación de precios establecía en su art. 2º: "Los precios de los contratos de obra pública, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista (14) cuando los costos de los factores principales que los componen, identificados en el art. 4º del presente decreto, hayan adquirido un valor tal que reflejen una variación promedio de esos precios superior en un diez por ciento —10%— a los del contrato...

El actual régimen nacional, dec. 691/2016 expresa en su Anexo I, art. 3º: "Admisibilidad de la Redeterminación de Precios. Los precios de los contratos, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista (15) cuando los costos de los factores principales que los componen reflejen una variación promedio ponderada de esos precios, superior en un cinco por ciento —5%— a los del contrato o al precio surgido de última redeterminación de precios, según corresponda".

Y, por último, la legislación local de Catamarca, decreto-acuerdo 1154 expresa en su Anexo Único, art. 1º: "Los precios de los contratos de obra pública correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados, a solicitud del contratista..." (16).

Con lo visto queda claro entonces que a contrario del certificado de obra —o básico— el de redeterminación de precios constituye el resultado de un acto administrativo del comitente que hace lugar a una pretensión que el contratista eleva a su consideración, asilado en el efectivo cumplimiento de los parámetros fácticos que taxativamente aquella le impone (como la variación de más del 10 por ciento de los precios, etc.). El acto administrativo de aprobación es el que entonces ordena la certificación y consecuente pago del certificado resultante de aquel proceso de reclamo, revisión y eventual aprobación.

Lo cierto es que con fecha 16 de octubre de 2016 la Dirección Provincial de Obras por Contrato, organismo

dependiente de la Subsecretaría de Infraestructura Pública del Ministerio de Obras Públicas de la provincia de Catamarca (17) emitió el informe técnico 563 que concluye que la liquidación solicitada estaba en condiciones de ser aprobada. Como hemos visto supra, la Contaduría General de la Provincia realizó una serie de "observaciones" con la pretensión de que las evacuara no solamente la Administración (que había tenido previamente a estudio el expediente por el lapso de un año y dos meses) sino también la comitente. Al respecto, caben varias consideraciones que a mi entender descalifican el voto mayoritario, a saber:

a) Como se ha visto, la Contaduría General de la Provincia es un órgano de control interno, con lo cual no tiene facultades para efectuar "observaciones" al contratista particular y menos pretender que su "incumplimiento" condicione, retrase o impida la obligación del cumplimiento de su deber de decidir los reclamos a ella sometidos.

b) Del voto del señor Ministro doctor Figueroa Vicario surge el contenido de las "observaciones" efectuadas al actor y que son las siguientes:

1: Informe la fecha de inicio de los trabajos adicionales.

2: Informe cantidades ejecutadas.

3: Informe el ítem de obra básica al que corresponde efectuar el ajuste referido al detalle de las tareas a disminuir.

4: Informe si hubo redeterminaciones provisorias anteriores.

Además, le requiere a la Administración "el cumplimiento de aquello que resulta de incumbencia Estatal" juicio del que cabe inferir que lo anterior no entra en dicha incumbencia...

La sola enunciación de lo anterior pone de manifiesto la improcedencia del requerimiento efectuado, por ser datos básicos que debían necesariamente constar en el Informe que le demandó a la Dirección del Ministerio de Obras Públicas interviniente más de un año de análisis y que del criterio de la Contaduría no serían "de incumbencia Estatal". Y si estos datos básicos no surgieran del informe elevado por el Ministerio de Obras Públicas provincial, nos hallaríamos en un caso grave de incumplimiento de los deberes de funcionarios que demoraron más de un año en elaborarlo y la consecuencia lógica —de ser tal el caso— no sería precisamente requerírsele al contratista particular mediante "observaciones", eufemismo que escondería la pretensión de suplantar en cabeza del administrado las obligaciones a cargo de la Administración.

Lo relacionado me exime de mayores comentarios y tengo por cierto que la contratista no tenía obligación alguna de responder a ninguna observación de un órgano de control interno y de reiterar —muy posiblemente— datos sin cuyo concurso nunca se habrían podido elaborar los cálculos presentados y que fueran aprobados por el Ministerio de Obras Públicas provincial.

Y esta descripción de los hechos ilumina, a mi entender, el encendido párrafo que constituye el núcleo del solitario voto en disidencia del señor Ministro doctor Cáceres: "De allí entonces, que si los funcionarios han rehusado el deber concreto de resolver, la parte afectada puede demandar su cumplimiento judicialmente, razón por la cual no resulta apropiado que la administración se ampare en el 'silencio', pretendiendo que decidió el asunto de esa forma, ni menos que intente justificar la demora en el supuesto 'incumplimiento de las observaciones' —realizadas en el informe de contaduría— puesto que, aunque tales argumentos sean ciertos y sinceros, ello no significa que sean atendibles, toda vez que ello importaría admitir que la propia torpeza en organizar y tramitar los asuntos administrativos justifica el incumplimiento de las normas legales sobre términos en el procedimiento".

(1) Que interviene en instancia única, según el art. 5° de la ley provincial 4795 de 1994.

(2) Puede verse un completo desarrollo del tema en DRUETTA, Ricardo T. - GUGLIELMINETTI, Ana Patricia, en "Ley 13.064 de Obras Públicas comentada y anotada", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013, 2ª ed., ps. 401 y ss.

(3) Conf. CS, Fallos 137:47; 145:325; 184:137, entre tantos otros.

(4) DROMI, José - KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "La cesión de los certificados de obra pública frente a la quiebra del contratista", LA LEY, 156-1155 y ss.

(5) BEZZI, Osvaldo M., "El contrato de obra pública", Ed. LEX, La Plata, 1977.

(6) FIORINI, Bartolomé A., "Manual de Derecho Administrativo", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1968, Primera Parte.

(7) MARIENHOFF, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, t. III-B, p. 552. El destacado no está en el original.

(8) MÓ, Fernando F., "Régimen legal de las obras públicas", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966, p. 287.

(9) BARRA, Rodolfo C., "Contrato de obra pública", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1987, t. 3, p. 923.

(10) Respecto de las prerrogativas de la Administración en las contrataciones públicas véase el comentario al art. 12 del dec. 1023/2001 de CARDACI MÉNDEZ, Roberto A., en REJTMAN FARAH, Mario (dir.), "Contrataciones de la Administración Nacional", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 118.

(11) Citado por SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 1987, t. I, p. 572, quien se refiere, aludiendo al tópico a las "pretensiones del contratista".

(12) En el inicio al párrafo 1138 de la ob. cit., p. 557.

(13) El destacado me pertenece.

(14) El destacado me pertenece.

(15) El destacado me pertenece.

(16) El destacado no figura en el original.

(17) Según surge del organigrama disponible en la página oficial <https://www.portal.catamarca.gob.ar/organismo/direccion-provincial-obras-por-contrato-164/>.