



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *27* de *diciembre* de 2019.-

DISPOSICIÓN SGGyAF N° *43* 12019

VISTO:

La Ley Orgánica del MINISTERIO PÚBLICO de la C.A.B.A. N° 1.903 -texto consolidado-; la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 2.095 -texto consolidado-; la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/GCBA/1997, texto consolidado-; la Disposición DGCyC N° 146/2009; la Resolución CM N° 37/2012; las Resoluciones CCAMP Nros. 26/2012 y 53/2015; las Disposiciones SGGyAF Nros. 45/2017, 32/2018, 15/2019 y 37/2019 y el Expediente CCAMP N° 34/2017 del Registro de la COMISIÓN CONJUNTA DE ADMINISTRACIÓN (CCAMP) del MINISTERIO PÚBLICO de la C.A.B.A.; y

CONSIDERANDO:

I.-

Que por la Disposición SGGyAF N° 37/2019 se aplicó a la firma OTIS ARGENTINA S.A. una multa de pesos ciento noventa y cinco mil quinientos ochenta y cinco con treinta centavos (\$195.585,30), de conformidad con lo previsto en el Punto 32 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares -aprobado por Disposición SGGyAF N° 45/2017- que rige la Contratación Directa CCAMP N° 02/17, por los motivos expuestos en los considerandos de la disposición en primer término citada.

Que el día 5 de noviembre de 2019 dicho acto administrativo fue debidamente notificado a la citada firma (fojas 1032) y el 14 de noviembre del mismo año

dicha empresa tomó vista del expediente de marras, tomando fotografías del V cuerpo del presente expediente (fojas 148).

Que a fojas 1107/1117 la firma OTIS ARGENTINA S.A. presentó un escrito, recibido con fecha 20 de noviembre del corriente año, suscripto por dos de sus apoderados -quienes acreditaron personería adjuntando el poder glosado a fs. 1119/1137-, a través del cual solicitó se decrete la nulidad de las presentes actuaciones e interpuso recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio contra la Disposición SGGyAF- N° 37/2019, arriba citada.

Que, conforme se desprende de las constancias obrantes a fojas 1033 y 1117 vta., el recurso de reconsideración fue interpuesto en tiempo y forma por la firma OTIS ARGENTINA S.A., según lo dispuesto por los Artículos 99 y 107 de la Ley de Procedimientos Administrativos (L.P.A.) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/GCBA/1997, texto consolidado-.

Que, a los fines de una mayor claridad expositiva, se analizará en primer lugar el planteo de nulidad incoado y, posteriormente, los restantes agravios del recurso interpuesto.

II.-

Que en el precitado escrito, en lo que al planteo de nulidad respecta, sostiene que la referida nulidad habría tenido lugar en las presentes actuaciones dado que se le ha impuesto una multa sin permitirle -presuntamente- exponer sus defensas e invocar y probar cómo habrían ocurrido realmente los hechos con anterioridad al dictado del acto en cuestión, fundando su planteo en el principio del debido proceso adjetivo, receptado por el Artículo 22 de la citada Ley de Procedimientos Administrativos de la C.A.B.A., que resulta una aplicación concreta del principio de defensa en juicio previsto en el Artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Que, seguidamente, cita extractos de jurisprudencia -sin identificar debidamente las causas en las cuales habrían tenido lugar- que, en principio, no resultarían aplicables al caso bajo análisis, puesto que contienen expresiones tales como "*nadie puede ser condenado sin ser oído*" o "*... no pudo aplicar a... una sanción... sin darle audiencia para formular sus descargos y otorgarle una razonable oportunidad para producir la prueba que eventualmente pudiera ofrecer*", obviando la real naturaleza que posee la aplicación de una penalidad en una relación contractual.



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Que, asimismo, manifiesta que el principio del debido proceso y el derecho a ser oído adquieren mayor relevancia en el ámbito administrativo en donde las decisiones, a diferencia del ámbito judicial, no sólo deben tener en cuenta la solución normativa del caso sino también los criterios de eficacia, oportunidad, mérito o conveniencia.

Que considera que el incumplimiento de ese principio esencial es tan grosero que resulta aplicable el concepto de “absurdidad” expuesto por el autor Agustín GORDILLO, aduciendo que la absurdidad del objeto vicia el acto y, por ende, lo actuado es nulo.

Que, a su vez, resalta el siguiente texto: “(...) *El funcionario que pretende que el administrado pueda impugnar el acto que lo afecta, sin darle vista de los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión, está realizando un comportamiento estrictamente absurdo*”; situación que tampoco ha tenido lugar en las presentes actuaciones tal como más adelante se detallara.

Que, por lo expuesto, la firma OTIS ARGENTINA S.A. -en la consideración de que se le ha pretendido aplicar una multa sin su intervención, implicando ello una violación palmaria y grosera al derecho de defensa garantizado constitucionalmente- solicita que sin más trámite se decrete la nulidad de todo lo actuado y se ordene el inmediato archivo de las actuaciones, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 14 de la L.P.A. antes mencionada.

III.-

Que, con respecto a ello, en primer lugar, es dable señalar que para la procedencia de una nulidad interesa que exista un vicio o violación de una forma procesal o la omisión de un acto que origina el incumplimiento del propósito perseguido por la ley y que pueda dar lugar a la indefensión, por lo que las nulidades procesales son inadmisibles cuando no se indican las defensas de las que se habría visto privado de oponer el impugnante, debiendo además ser fundadas en un interés jurídico, ya que no

pueden invocarse por la nulidad misma, razón por la cual deben ofrecerse elementos que acrediten -en principio- el perjuicio sufrido, si se quiere que la anulación de lo actuado pueda tener lugar (CSJN, Fallos 318:1798; 324:151; entre otros).

Que, en ese orden de ideas, es dable destacar que la recurrente, en su escrito, no esgrime defensa alguna que se haya privado de hacer valer con anterioridad al dictado de la disposición atacada, dado que -a fin de justificar el incumplimiento que diera origen a la penalidad impuesta por la Disposición SGGyAF N° 37/2019- sólo se limita a mencionar escuetamente -no ya en el planteo de nulidad, sino en el recurso de reconsideración, apartado III de su escrito- que el "encoder" se encontraba retenido en la Aduana, sin molestarse en profundizar respecto de las razones de dicha circunstancia ni en acreditar, siquiera someramente, sus dichos.

Que, por otra parte, resulta falso que se haya desconocido el derecho de la recurrente al debido proceso adjetivo, toda vez que por medio de la Carta Documento N° 996714368 -a fs. 918-, notificada con fecha 5 de julio de 2019 -conforme surge de fs. 919-, se la emplazó a fin de que informara la fecha efectiva de finalización de los trabajos, bajo apercibimiento de aplicar las penalidades correspondientes. Ello, habiéndose ya solicitado información a la hoy impugnante por medio del correo electrónico, respecto del estado de situación en el que se encontraba la reparación del ascensor de marras el día 1 de julio de 2019. A ello es dable agregar que el día 15 de julio del mismo año, se le remitió un correo electrónico a la empresa OTIS ARGENTINA S.A., manifestándole que a esa fecha ya se había cumplido el plazo de entrega consignado por dicha firma en su propuesta y que aún la máquina seguía sin funcionar y que tampoco se había informado respecto del estado de situación de la reparación, por lo que se le solicitó regularizar dicha situación; a lo cual, la empresa en cuestión contestó -conforme surge de fs. 921- que *"Debido a que el encoder fue descontinuado por el fabricante del ascensor debimos salir a buscar proveedores alternos. Ya el enconder ha sido ubicado y comprado el tiempo estimado de llegada ronda de los 7 a 10 días hábiles. Tan pronto como este (sic) en nuestras manos te lo comunico y programamos la instalación de inmediato"*. Ello, sin molestarse en acreditar los extremos aducidos ni solicitar una prórroga para el cumplimiento de la prestación debida.

Que, posteriormente, luego de un nuevo reclamo por parte de la Secretaría General de Gestión y Administración Financiera -de fecha 24 de julio de 2019, conforme fs. 923-, la firma comunicó que el encoder llegaría al país entre el 31 de julio y el 1° de agosto de 2019; nuevamente, sin presentar documentación alguna que pudiera



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

probar tales afirmaciones ni solicitar una extensión del plazo para cumplir con su obligación. A su vez, con fecha 5 de agosto del corriente año –ver fs. 927-, nuevamente se le solicitó información a la recurrente, la cual contestó –conforme consta allí- que *“El material salió de Origen (China), el día Viernes 2, el mismo viene por servicio de COURRIER (sic), pero aún no tenemos el aviso de llegada, pero estimo que a más tardar a principios de la semana entrante debería estar en nuestras oficinas”*; una vez más, sin intentar brindarle sustento documental a sus manifestaciones, ni justificar la falta de correspondencia con sus anteriores aserciones.

Que, casi un mes después, ante un reclamo formulado por el organismo contratante –con fecha 2 de septiembre de 2019-, la recurrente se limitó a afirmar que *“A pesar de que el encoder se solicitó vía courier (sic), por problemas ajenos a nosotros se ha demorado su entrega”*; esto es, sin brindar argumento alguno respecto de la presunta ajenez de la demora ni, mucho menos, aportar documentación que la respalde.

Que, encontrándose aún fuera de servicio la máquina a reparar y habiendo transcurrido en exceso el plazo previsto en la propuesta de trabajo aprobada por la Disposición SGGyAF N° 15/2019, el día 11 de septiembre de 2019, por medio de la Carta Documento N° 976034750, se le intimó a la empresa OTIS ARGENTINA S.A. la realización de los trabajos contratados, bajo apercibimiento, entre otras medidas, de aplicar las penalidades correspondientes.

Que, ese mismo día, el representante de la empresa -conforme surge del correo electrónico cuya impresión se agregó a fs. 957 vta.- comunicó lo siguiente: *“ya tenemos fecha de retiro del encoder del courier (sic). Esto se realizará entre mañana por la tarde y Viernes. Apenas tengamos el material en nuestras manos, le confirmamos fecha en que se procederá a su colocación. Estimamos será principios de la semana que viene”*, lo cual no se cumplió –toda vez que si se atiende a la fecha del correo electrónico, miércoles 11 de septiembre de 2019, el viernes en cuestión sería el día 13 de dicho mes

y que la semana siguiente sería la que inició el domingo 15 y finalizó el día sábado 21 de ese mes-.

Que, luego, el día 16 de septiembre del año en curso, la firma proveedora manifestó -ver fs. 957- que *"Tenemos fecha de arribo a nuestras oficinas para el día de hoy, ya están hechos todos los trámites solo falta la entrega"*. Sin perjuicio de ello, conforme surge de fs. 959, el día 24 de septiembre del mismo año la Secretaría General de Gestión y Administración Financiera reiteró una vez más el reclamo, a lo que la recurrente contestó que estimaba que colocaría el encoder el día lunes 25 de septiembre.

Que, a efectos de concluir con el recuento de los hechos hasta aquí desarrollado, es dable señalar que la reparación se efectuó, finalmente, el día 10 de octubre del corriente año, esto es, sesenta y seis días de vencido el plazo en que debían finalizar los trabajos de reparación.

Que, asimismo, cabe traer a colación la Disposición DGCyC N° 146/2009, dictada por la Dirección General de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -en su carácter de Órgano Rector del Sistema de Compras y Contrataciones previsto por la Ley N° 2.095-, por cuyo Artículo 1° se aprobó el *"Procedimiento para la Aplicación de Penalidades establecidas por la Ley N° 2095"*, que como Anexo I integra dicha disposición.

Que, de conformidad con dicho reglamento, en el marco del procedimiento de marras deben reunirse todos los antecedentes referidos al desempeño del oferente o del cocontratante durante el desarrollo del contrato, que motiven y justifiquen en ambos supuestos la aplicación de la penalidad.

Que, a esos efectos, la Unidad Operativa de Adquisiciones en cuestión debe dictar un acto administrativo en el cual queden reflejados los motivos que llevaron a la imposición de las mismas y en dicho acto se deberá establecer claramente cuál es la penalidad impuesta, su monto y el modo de su ejecución.

Que, asimismo, se establece que el acto administrativo será notificado fehacientemente a los oferentes o cocontratantes, de acuerdo con los requisitos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, pudiendo interponerse contra aquél los recursos administrativos previstos en el Título IV "Recursos Administrativos" de la citada ley.



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Que, como bien puede advertirse, en el procedimiento seguido para el dictado de la Disposición SGGyAF N° 37/2019 cuestionada se ha dado cumplimiento íntegro a tales exigencias.

Que en dicho acto se realizó una descripción circunstanciada del incumplimiento advertido, se precisaron las constancias de las cuales surgía, se detalló la normativa y las estipulaciones del pliego aplicables y se estableció claramente cuál era la penalidad impuesta, su monto y el modo de ejecución de aquélla; brindándose una motivación suficiente y adecuada que permite al penalizado conocer debidamente las razones de dicha decisión.

Que de todo ello se colige que -además de resultar absolutamente falso que no se le haya dado oportunidad de exponer las razones de su incumplimiento y sus defensas antes de la aplicación de la penalidad recurrida- resulta ser esta la instancia -la vía recursiva administrativa- en la cual un proveedor al cual se le ha aplicado una penalidad puede exponer sus defensas y excepciones mediante la presentación de los recursos administrativos, no advirtiéndose cuál ha sido el perjuicio sufrido por la recurrente, máxime cuando -no obstante la presunción de legitimidad y la fuerza ejecutoria de la cual gozan los actos administrativos, que hacen que los recursos que se interpongan en su contra no suspendan su ejecución y efectos- en las presentes actuaciones aún no se ha procedido a ejecutar la penalidad aplicada.

Que, por otra parte, resulta oportuno precisar la verdadera naturaleza que posee una penalidad contractual. En ese sentido cabe destacar que, tal como lo sostuvo la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la C.A.B.A., en los autos "ECOHÁBITAT SA EMEPA SA UTE (Res N° 172/E/13) c/ ENTE ÚNICO REGULADOR DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS CABA s/ recurso directo sobre resoluciones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos", 23/02/18, Sala III, Expte. N° D41-2014/0, *"La cláusula penal en un contrato es una estipulación de carácter accesorio, que tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de la relación principal, mediante la imposición de una pena privada a la que se somete una persona en caso de*

operar el incumplimiento de aquélla. Presenta una indudable función compulsiva, ante la amenaza que implica la procedencia de la penalidad en caso de inejecución absoluta o relativa de la prestación adeudada (Ramón Daniel Pizarro, Carlos Gustavo Vallespinos, Instituciones del Derecho Privado, Buenos Aires, Hammurabi, 2007, T. 3, p. 46). Es decir, su finalidad no es el "castigo" sino, por el contrario, asegurar que el contratista efectúe las prestaciones a que se ha comprometido por contrato. No hay particularidades de índole sustantiva del derecho administrativo en este punto".

Que en dicha causa, asimismo, expresó que "La finalidad de la sanción contractual, como dice Sayagués Laso, debemos encontrarla en que en la contratación administrativa lo fundamental es que el particular cumpla, sobre todo en los contratos estrechamente vinculados a la ejecución de servicios, y por ello las sanciones se inspiran en esa finalidad (Tratado de Derecho Administrativo, 8º edición, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, T. 1, 2002, p. 564, nro. 392). Si la sanción resulta del contrato, difícil es admitir que nos hallemos ante el ejercicio de una potestad sancionatoria derivada del ordenamiento, parte del ius puniendi estatal".

Que, por su parte, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal tiene dicho que: "No están comprendidas en ese régimen [derecho administrativo sancionador] las multas impuestas con motivo del incumplimiento de contratos administrativos, en razón de que constituyen las consecuencias voluntariamente aceptadas de un incumplimiento contractual, y los principios de un régimen no son trasladables al otro. En tal sentido, se ha sostenido que no corresponde enjuiciar la infracción o falta de cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro del marco del "derecho administrativo sancionador", ya que en tal caso la Administración no ejerce su potestad sancionatoria sino que hace aplicación de las cláusulas contractuales y del régimen legal aplicable al contrato del que se trata, (...) apareciendo el ejercicio de la penalidad o penalidades acordadas insertas en el marco propio de la contratación administrativa, donde como ocurre en el Derecho Civil, las cláusulas penales establecidas en los contratos, a pesar de esa denominación, se rigen por las normas reguladoras de las obligaciones... (cfr., Manuel Rebollo Puig, Manuel Izquierdo Carrasco, Lucía Alarcón Sotomayor, y Antonio M. Bueno Armijo: "Derecho Administrativo Sancionador". Ed. Lex Nova Valladolid, 2010, págs. 65, 66, 88, 89, 90 y 117, y siguientes; con cita de STS del 30 de enero de 1988 y 26 de diciembre de 1991; Fallos 196:466; 328:651, consid. 5º; causa E. 66. XLVIII. REX Edenor SA c/ RESOLUCIÓN 777/07 - ENRE (EXPTE 19783/06), del 16/12/2014). La falta de carácter "sancionador" stricto sensu también se



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

ha predicado respecto de las multas impuestas con finalidad coercitiva" (CNCAF, Sala V, 28/09/17, "AGUAS ARGENTINAS SA c/ ERAS-Resol 73/06 y otro s/ Proceso de Conocimiento", Expte. N° 7.610/2010).

Que, en sentido concordante con ello, en el Título Sexto "Procedimiento Básico" de la Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 2.095 -texto consolidado- se regula, por un lado, a las penalidades en el Capítulo XII "De las Penalidades Contractuales" (arts. 125 a 136), facultando a las Unidades Operativas de Adquisiciones para aplicarlas (art. 19, inc. f) y, por el otro, a las sanciones en el Capítulo XIII "De las Sanciones" (arts. 137 a 142), invistiendo de competencia al Órgano Rector para imponerlas (art. 18, inc. g).

Que, a su vez, siendo que *"la ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de las contrataciones y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso corresponda y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo"* (Fallos: 308:618; 311:2831 y 316:382), esta Secretaría General en la disposición cuestionada no ha hecho más que aplicar las penalidades contractuales estipuladas los literales 2. y 4. del Punto 25 del Pliego ante los incumplimientos advertidos, de conformidad con la función que le fuera conferida por los Artículos 125, inciso b), y 128 de la Ley N° 2.095 -texto consolidado-.

Que, por último, con relación al texto resaltado por la recurrente en su escrito -relativo a la imposibilidad para impugnar un acto administrativo que lo afecta por desconocer los fundamentos y pruebas que han llevado a su emisión-, corresponde recordar que ha sido debidamente notificada de la Disposición SGGyAF N° 37/2019 (ver fojas 1032), contando dicho acto -conforme se detalló precedentemente- con una adecuada y suficiente motivación, y que -incluso- ha tomado vista del presente expediente y extraído copias digitales del mismo en su totalidad (ver fojas 1045).

Que, en virtud de todo lo expuesto, corresponde desestimar el planteo de nulidad incoado por la firma OTIS ARGENTINA S.A.

IV.-

Que en el apartado III del escrito bajo análisis, a fojas 1111/1117 vta., denominado "INTERPONE RECURSO DE RECONSIDERACIÓN", la recurrente se agravia -en primer término- de que en los considerandos de la disposición recurrida se haya señalado que "...los ascensores objeto del premencionado servicio se encuentran dotados de una tecnología cerrada desarrollada en forma exclusiva por su fabricante (OTIS (ARGENTINA) S.A.), circunstancia ineludible que condujo a dicha contratación directa", señalando que dicha afirmación es errónea, toda vez que dicha empresa no sería fabricante de los ascensores y que, por ello, el acto recurrido se encontraría viciado desde su origen. La empresa sostiene ella o su cliente importan los ascensores y que, una vez que ingresan al país los puede instalar y/o mantener y que si el Ministerio Público eligió contratar a OTIS ARGENTINA S.A., fue porque quiso, puesto que no estaría obligado a ello. Agrega a ello que la demora que se le imputa se debió a que los repuestos son difíciles de conseguir, debido a la presunta antigüedad del ascensor a reparar "... y las particulares circunstancias del equipo (que ese Ministerio bien conoce o debe conocer)".

Que, asimismo, niega que haya habido un incumplimiento tardío y que, en caso de haber existido una demora, ésta no fue imputable a OTIS ARGENTINA S.A. En ese orden ideas, destaca los correos electrónicos cuya impresiones se encuentran agregadas a fojas. 921, 927 y 955 y concluye en que "... es evidente que estamos ante un caso de fuerza mayor...".

Que la recurrente cuestiona la facultad de este MINISTERIO PÚBLICO de imponer multas, sosteniendo que debió reclamarle iniciando un juicio ordinario.

Que, por último, la impugnante se agravia del monto de la multa impuesta, tachándola de confiscatoria e irrazonable, afirmando que equivale a casi un año de contrato y añade que se estaría violando el principio de proporcionalidad, "... en tanto y en cuanto la solución adoptada no resulta la vía más adecuada para alcanzar el fin institucional que se debía conseguir"

V.-



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Que, con respecto al pretendido “vicio de origen”, cabe destacar que en el extracto del acto impugnado citado por la recurrente, la referencia a la empresa como fabricante de los ascensores es absolutamente contingente; siendo realmente importante y decisivo la cuestión de la tecnología cerrada, que hace que la conservación de dichos elevadores sólo pueda ser realizada por OTIS ARGENTINA S.A.

Que este último extremo no se encuentra desvirtuado por la recurrente, no obstante de encontrarse acreditado en el expediente.

Que en el expediente mediante el cual tramitó el servicio de conservación de los ascensores del edificio ubicado en la Avenida Paseo Colón 1333, se inició con varias consultas a empresas del rubro respecto de la posibilidad de que otros proveedores distintos a OTIS ARGENTINA S.A. pudieran prestar el mencionado servicio, de los cuales surge acreditado que los elevadores en cuestión cuentan con una tecnología cerrada y el resto de los conservadores no pueden competir con OTIS ARGENTINA S.A.

Que, por otra parte, es dable destacar que ya en 2015, el entonces Jefe de Departamento de la Unidad de Coordinación Edilicia, en su Nota UCE N° 6/2015, del día 20 de abril de 2015 -cuya copia luce glosada a fs. 4 de estas actuaciones-, señaló oportunamente que “... los ascensores instalados en el edificio de la Av. Paseo Colón 1333 se encuentran dotados de una tecnología cerrada que fue desarrollada en forma exclusiva por su fabricante”.

Que todos los antecedentes mencionados hasta aquí dieron lugar a las Contrataciones Directas Nros. 3/15, 2/17 y 1/18, todas justificadas en la exclusividad del proveedor, expresándose dicha circunstancia en los considerandos tanto de la Resolución CCAMP N° 29/2015, como en las Disposiciones SGGyAF Nros. 45/2017 y 17/2018, sin que en el marco de ninguna de ellas la adjudicataria OTIS ARGENTINA S.A. haya aducido -siquiera para formular una aclaración- que no era fabricante ni distribuidor de los ascensores de la marca Otis.

Que, cabe agregar, en el marco de la Contratación Directa N° 1/18, tramitada en por Expte. CCAMP N° 10/2018, la recurrente acompañó documentación societaria –en particular, la glosada a fs. 171 y 197/219 de dichas actuaciones- de la que surge con claridad que dos filiales de OTIS ELEVATOR COMPANY y su adquirente y/o controladora UNITED TECHNOLOGIES, son los únicos accionistas de OTIS ARGENTINA S.A., por lo que ésta última sería una filial de las otras o, al menos, que es controlada por aquéllas y que forma parte de un grupo económico.

Que, en ese sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 307:118 que *"... el renovado instrumental jurídico, cuya elaboración es permanente tarea de la doctrina y de la jurisprudencia, es el resultado de la valoración crítica de los problemas que plantea la producción industrial en masa y las estructuras económico-sociales en transformación, pero de manera alguna importa consagrar institutos que funcionen unilateralmente en favor exclusivo de uno solo de los sujetos... Los Tribunales pueden descorrer el velo societario... y asimismo, admitir la invocación –como en el caso- de la teoría del conjunto económico o sus equivalentes, ya que como dijera esta Corte... de lo que se trata es de la necesaria prevalecencia de la razón del derecho sobre el ritualismo jurídico formal, sustitutivo de la sustancia que define a la justicia, aprehendiendo la verdad jurídica objetiva, sea ésta favorable al fisco o al contribuyente".*

Que dicha doctrina se desprende que por más que los ascensores instalados en el edificio de la Avenida Paseo Colón 1333 sean fabricados por OTIS ELEVATOR COMPANY o por UNITED TECHNOLOGIES y que una ficción legal –prevista en el artículo 143 del Código Civil y Comercial de la Nación- permita afirmar que OTIS ARGENTINA S.A. no es la fabricante de los mentados elevadores, la realidad es que ésta última pertenece al holding o grupo económico que los desarrolla, fabrica y distribuye.

Que, por otra parte, resulta indiferente a los efectos de la aplicación de la penalidad recurrida la circunstancia de si cualquier empresa o incluso el MINISTERIO PÚBLICO podía o no reparar el ascensor o importar el encoder, porque lo cierto es que el organismo mencionado contrató la reparación y el reemplazo de dicha pieza con OTIS ARGENTINA S.A., aprobando su propuesta de trabajo y el monto presupuestado.



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Que, por otra parte, cabe señalar que -tal como surge de la propuesta oportunamente formulada por la empresa conservadora, incorporada a fs. 790- la importación del encoder se encontraba incluida en aquélla, en la cual -además- se previó un plazo de ejecución de los trabajos, en el que estaba comprendido el tiempo que demandara la importación de la pieza a reemplazar, de veinticinco (25) días hábiles.

Que lo mismo cabe sostener con relación a la pretendida antigüedad de los ascensores, dado que OTIS ARGENTINA S.A. ha prestado el servicio de conservación de los ascensores instalados continuamente hasta el día de la fecha, desde que fueron librados al uso por Representante Técnico de OTIS ARGENTINA S.A. - conforme surge del Expte. 414163/2010 que tramitó por ante la Dirección General de Registro de Obras y Catastro- habiendo sido contratado primero por la propietaria del edificio y, luego -a partir del año 2013-, por el MINISTERIO PÚBLICO; de lo cual se desprende que al confeccionar su propuesta de trabajo la recurrente se encontraba completamente impuesta del estado de los elevadores. De allí que pueda sostenerse que la pretendida antigüedad del ascensor reparado fue tenida en cuenta por la empresa al volcar las condiciones particulares en su propuesta, en especial, al fijar el plazo en que se finalizarían los trabajos.

Que a ello es dable añadir que, si se tiene en consideración que el ya referido Expediente 414163/2010 en el que tramitó la instalación de los ascensores en cuestión, fue iniciado por el Representante Técnico de OTIS ARGENTINA S.A. en agosto de 2010, los ascensores llevan alrededor nueve años de instalados; por lo que juzgarlos antiguos -más allá de los adelantos tecnológicos que pudiera haber en la materia-, resultaría cuestionable, puesto que se trata de instalaciones que por su naturaleza están destinadas a tener una larga duración y ni siquiera ha operado la caducidad de la responsabilidad por ruina de las instalaciones, la cual -cfr. art. 1275 del Código Civil y Comercial de la Nación- subsiste por el plazo de diez (10) años de aceptada la obra.

Que, con respecto al agravio relacionado con la presunta inexistencia del incumplimiento, en primer lugar, he de señalar que del cotejo de la

propuesta glosada a fojas 790 con la Disposición SGGyAF N° 15/2019, la fecha del correo electrónico cuya impresión se encuentra glosada a fs. 952 y la de la finalizaron los trabajos contratados con el reemplazo del encoder -a fojas 1001-, surge con innegable claridad que el incumplimiento del plazo –propuesto desde el inicio por la propia recurrente- se encuentra completamente acreditado.

Que a ello cabe agregar que dicho no puede ser justificado por el régimen del caso fortuito o fuerza mayor.

En ese orden de ideas, es dable destacar que el artículo 792 del Código Civil y Comercial de la Nación, incluido en la Sección 5ª, que trata sobre las “Obligaciones con cláusula penal y sanciones conminatorias”, establece que *“El deudor que no cumple la obligación en el tiempo convenido debe la pena, si no prueba la causa extraña que suprime la relación causal. La eximente del caso fortuito debe ser interpretada y aplicada restrictivamente”*.

Que, conforme tiene dicho la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la C.A.B.A., fin de que pueda esgrimirse la referida eximente, *“La jurisprudencia es conteste en exigir que el acontecimiento sea extraordinario y lo es cuando no hay razón para suponer que se produciría al tiempo del cumplimiento de la obligación (conf. Belluscio, Augusto C. (director), Código Civil Comentado, anotado y concordado, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, Tomo 2, p. 663). Es imprevisible el hecho cuando supera la aptitud normal de previsión que sea dable exigirle al deudor en función de la naturaleza de la obligación. ‘No se trata de imponer a éste un deber ilimitado de prever, ni de pedirle una dosis adivinatoria de lo que podría acontecer. Pero para que el deudor quede exento de responsabilidad será menester que de su parte haya actuado empleando todas las precauciones ordinarias, pues si así no fuera habría culpa de su parte’ (Llambías, Jorge J. - Raffo Benegas, Patricio Sassot, Rafael A., Manual de derecho Civil - Obligaciones, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 79/80)” (CCAyT, Sala II, in re “Capetta, Carlos Alberto c/ G.C.B.A. (Hospital Municipal Dalmacio Velez Sarsfield), del voto de Dr. Esteban Centanaro, 19-09-2002).*

Que en el caso bajo análisis dichos recaudos se encontrarían ausentes.

Que, en primer lugar, tal como se señaló y se desarrolló más arriba, OTIS ARGENTINA S.A. se encontraba –o debió encontrarse, si hubiese actuado con el



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

grado de diligencia que es dable exigirle a una empresa que comercializó, instaló, mantuvo y conservó desde un primer momento los ascensores instalados en el edificio de Paseo Colón N° 1333- en completo conocimiento de las características del elevador cuya reparación le fuera encomendada; y, por otra parte, dicha firma fue la que propuso importar el encoder, encontrándose la importación de productos de esas características incluidos en el objeto societario, conforme surge del artículo tercero, literal (B), del estatuto social.

Que, en consecuencia, resulta dudoso que la firma OTIS ARGENTINA S.A. no haya podido prever, al momento de elaborar la propuesta de fs. 790, que el repuesto podría haber sido discontinuado o que su importación podría ocasionar demoras. Ello demuestra, asimismo, su falta de prudencia; puesto que fue la propia OTIS ARGENTINA S.A. la que elaboró la propuesta de trabajo -finalmente aprobada por la Disposición SGGyAF N° 15/2019-, contemplando la importación del encoder y fijando el plazo para la finalización de los trabajos.

Que, por otra parte, en cuanto a la imposibilidad de cumplimiento, cabe destacar que tampoco se verifica, toda vez que -más allá de los sesenta y seis (66) días hábiles de demora- pudo finalizar las reparaciones contratadas y que -por otra parte- los presuntos inconvenientes con la Aduana esgrimidos por la recurrente no se encuentran en absoluto acreditados.

Que, por último, en cuanto al caso fortuito alegado, se ha de señalar que difícilmente pueda tenerse por probado que el fabricante del encoder haya discontinuado su fabricación luego de notificada la referida Disposición SGGyAF N° 15/2019 por medio de la cual se aprobó la realización de los trabajos propuestos por la recurrente a fs. 790 y, mucho menos, luego de que ésta hubiese cobrado el adelanto por ella exigido; en primer lugar, porque ello no se encuentra en absoluto acreditado y, asimismo, porque la excusa intentada por OTIS ARGENTINA S.A. fue esgrimida recién el 15 de julio de 2019, es decir, diez días hábiles después de operado el vencimiento del plazo para concluir la realización de los trabajos contratados y una vez constituido en

mora por medio de la Carta Documento N° 996714368 -a fs. 918-, notificada con fecha 5 de julio de 2019 –conforme surge de fs. 919-.

Que, en cuanto a la supuesta imposibilidad de imponer unilateralmente una multa, cabe remitirse a lo mencionado en cuanto a la verdadera naturaleza de las penalidades contractuales en el análisis del planteo de nulidad; de todo lo cual se sigue que el Ministerio Público de la C.A.B.A. puede aplicar penalidades a los cocontratantes y, entre ellas, una multa como la impuesta a OTIS ARGENTINA S.A. por medio de la Disposición impugnada.

Que, con relación al agravio referido a la presunta desproporcionalidad, irrazonabilidad y confiscatoriedad de la multa, por representar casi un año de servicio, corresponde resaltar que ello es falso.

Que, conforme surge de los propios considerandos de la Disposición impugnada, la multa se calculó aplicando lo estipulado en el punto 32 del pliego de bases y condiciones particulares, el cual establecía una multa “... *del tres (3) por ciento del valor de lo satisfecho fuera del término originario del contrato, por cada siete (7) días de atraso o fracción mayor a tres (3) días*”; es decir, que se trata de un porcentaje del monto total del contrato, el cual –según se desprende de la propuesta de la empresa OTIS ARGENTINA S.A., de la Disposición SGGyAF N° 15/2019 y de la Orden de Compra N° 2/2019, cuya copia luce glosada a fs. 841- ascendía a la suma de pesos setecientos veinticuatro mil trescientos noventa (\$724.390), de los cuales -cabe destacar- la firma mencionada ya percibió el sesenta (60) por ciento por adelantado -esto es, la suma de pesos cuatrocientos treinta y cuatro mil seiscientos treinta y cuatro (\$434.634)-, conforme surge de fs. 875/871.

Que teniendo en consideración que la multa en cuestión es de pesos ciento noventa y cinco mil quinientos ochenta y cinco con treinta centavos (\$195.585,30), resulta que -en proporción- es sensiblemente menor al precio total de la reparación.

Que, en cuanto a la alegada desproporcionalidad, irrazonabilidad y confiscatoriedad de la multa, cabe destacar que la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario tiene dicho que “... *la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que para declarar que un determinado acto resulta confiscatorio es necesario **que quien lo alega produzca una prueba concluyente al respecto** (CSJN, “in re” “Gómez, Alzaga, Martín Bosco c. Provincia de Buenos Aires y otro s/ inconstitucionalidad”, fallo del 21/12/1999, expediente G 348 XXIII, con cita de Fallos*



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

220:1082, 1300; 239:157; y 314:1293)” (CACAYT, Sala II, Romano Teresa Cecilia c/ GCBA”, 22-06-2017).

Que igual criterio ha sostenido la Corte Suprema en cuanto a la tacha de desproporcionalidad de una multa, manifestando que “*Si el recurrente omite demostrar que la multa resulta desproporcionada, sea con la gravedad de la infracción cometida o con su patrimonio, y no aduce que le sea imposible pagar la cantidad fijada, ello sólo traduce un agravio meramente conjetural*” (CSJN, Fallos 293:204).

Que en ese mismo sentido se ha expresado la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, advirtiendo que “*No alcanza, a tal fin, la sola calificación de la sanción como excesiva, desproporcionada o confiscatoria, sino que debe demostrarse que, en el caso concreto, la Administración obró con exceso de punición*” (Cam. Nac. Cont. Adm. Fed, Sala III, in re “ACE SEGUROS SA Y OTROS c/ UIF s/ CODIGO PENAL - LEY 25246 – DTO 290/07 ART 25.”, 27/06/19).

Que, por otra parte, teniendo en consideración que, tal como surge de la jurisprudencia citada más arriba al analizar la naturaleza jurídica de las penalidades, éstas son equiparables a las cláusulas penales y -a su vez- tiene una doble finalidad. Así lo tiene dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al afirmar que “*Las cláusulas penales son un medio compulsivo para obligar al fiel cumplimiento de lo pactado, como también una evaluación anticipada de los daños y perjuicios que irrogará la inejecución o el retardo de la obligación asumida por una de las partes* (CNCiv. Sala A, 22/12/83, ED 107-713)” (CNCiv., Sala M, in re “ANHANG, Silvio Alfredo H. c/CATARINEU Y NEIRA INMOBILIARIA S.R.L. s/ESCRITURACION”, 26/10/93).

Que la medida de esa evaluación anticipada se encuentra contenida en el Punto 32 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares -al cual se le dio estricto cumplimiento en su aplicación-, tiene su justificación en la imperiosa necesidad de contar en todo momento con el servicio de los tres ascensores instalados en el edificio de la Avenida Paseo Colón N° 1333, en el que funcionan numerosas dependencias de las tres

ramas del Ministerio Público, a fin de que no se vea afectada la normal prestación del servicio de justicia a cargo de este organismo, que incluye la concurrencia de gran cantidad de público en general, diversos operadores de la justicia local (abogados, oficiales de justicia y empleados de los distintos órganos del poder judicial), detenidos y personas privadas de su libertad (quienes por razones obvias de seguridad no deben mezclarse con el público general ni con los magistrados, funcionarios y empleados del Ministerio Público), etcétera y en el que tramitan miles de causas.

Que, en ese orden de ideas, cabe agregar que la importante demora en el cumplimiento de la obligación ha generado serios inconvenientes al obligar –durante casi cinco (5) meses- al público y magistrados, funcionarios y empleados del poder judicial a largas esperas para usar el único ascensor disponible cuando por el otro se trasladaban detenidos o a subir hasta doce piso por las escaleras del edificio.

Que, cabe concluir, que difícilmente pueda sostenerse que la penalidad aplicada resulte desproporcionada o irrazonable. Antes bien, se muestra perfectamente adecuada a la finalidad que se tuvo en consideración al incluir la multa por mora en el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la empresa proveedora del servicio en el pliego de bases y condiciones generales.

Que de todo ello se sigue que debe desestimarse el agravio relativo a la desproporcionalidad, a la irrazonabilidad y al presunto carácter confiscatorio de la penalidad aplicada, puesto que la recurrente no ha acompañado ningún tipo de prueba - mucho menos concluyente- a efectos de acreditar sus dichos, siendo éste un recaudo ineludible de conformidad con la jurisprudencia citada, a efectos de tener por desproporcionada, excesiva, irrazonable o confiscatoria aquélla la multa.

VI.-

Que, de conformidad con la totalidad de los fundamentos precedentemente vertidos, corresponde rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la firma OTIS ARGENTINA S.A.

VII.-

Que la Oficina de Legales de la COMISIÓN CONJUNTA DE ADMINISTRACIÓN ha tomado intervención, en su carácter de servicio jurídico permanente, no habiendo efectuado observaciones de orden jurídico al progreso de la presente.



Ministerio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Comisión Conjunta de Administración
Secretaría General de Gestión y Administración Financiera

Por ello, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 25 de la Ley N° 1.903 -texto consolidado-, la Ley N° 2.095 -texto consolidado-, la Resolución CM N° 37/2012, las Resoluciones CCAMP Nros. 26/2012 y 53/2015, el Artículo 107 de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/GCBA/1997, texto consolidado- y la Disposición SGGyAF N° 42/2019;

**LA RESPONSABLE DE LA OFICINA DE LEGALES TRANSITORIAMENTE A CARGO
DE LA SECRETARÍA GENERAL DE GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN FINANCIERA
DE LA COMISIÓN CONJUNTA DE ADMINISTRACIÓN**

DISPONE:

ARTÍCULO 1º.- Desestimar el planteo de nulidad incoado por la firma OTIS ARGENTINA S.A. (CUIT 30-51696072-4), por los motivos expuestos en los considerandos de la presente Disposición.

ARTÍCULO 2º.- Rechazar el recurso de reconsideración interpuesto por la precitada firma contra la Disposición SGGyAF N° 37/2019, en virtud de los fundamentos esgrimidos en los considerandos de la presente Disposición.

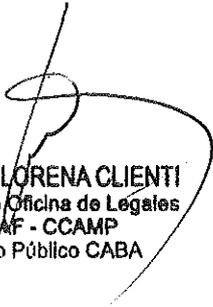
ARTÍCULO 3º.- Elevar el presente expediente al conocimiento de la COMISIÓN CONJUNTA DE ADMINISTRACIÓN, a los efectos de dar trámite al recurso jerárquico interpuesto por dicha firma contra la Disposición SGGyAF N° 37/2019.

ARTÍCULO 4º.- Hacer saber a la firma OTIS ARGENTINA S.A. que, dentro de los CINCO (5) días de recibidas las actuaciones por el superior, podrá mejorar o ampliar los fundamentos de su recurso, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 111 "in fine" de la Ley de Procedimientos Administrativos de la C.A.B.A. -Decreto de Necesidad y Urgencia N° 1.510/GCBA/1997, texto consolidado-.

ARTÍCULO 5º.- Regístrese; notifíquese a la firma OTIS ARGENTINA S.A.; publíquese en la página de Internet del CONSEJO DE LA MAGISTRATURA de la C.A.B.A.;

comuníquese a los Sres. Titulares de la COMISIÓN CONJUNTA DE ADMINISTRACIÓN
y, oportunamente, archívese.

DISPOSICIÓN SGGyAF N° 43 /2019



Dra. MARIA LORENA CLIENTI
Responsable Oficina de Legales
SGGyAF - CCAMP
Ministerio Público CABA