

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los ³ días del mes de ~~SEPTIEMBRE~~ de 2024 se reúnen los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, jueces Carlos Gonzalo Sagastume, Ernesto Adrián Löffler, Javier Darío Muchnik, María del Carmen Battaini y Edith Miriam Cristiano, en acuerdo ordinario para dictar sentencia en los autos caratulados ***"MUNICIPALIDAD DE USHUAIA c/ GADA S.A. s/ Acción de Lesividad"***, expediente N° 4239/2021 de la Secretaría de Demandas Originarias y su acumulado ***"FERNÁNDEZ, Claudio Alejandro c/ MUNICIPALIDAD DE USHUAIA s/ Contencioso Administrativo"*** (expediente N° 4291/2021 STJ-SDO).

ANTECEDENTES

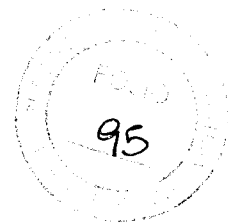
I.- La Municipalidad de Ushuaia, mediante letrada apoderada con patrocinio letrado, promueve acción de lesividad contra la firma GADA S.A. Persigue que se declare la nulidad absoluta del decreto municipal 1842/2014, que adjudicó a la demandada la licitación pública de la obra denominada ***"Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica"*** -tramitada por el expediente administrativo letra OP N° 7637/2014-, por adolecer de graves vicios insusceptibles de confirmación (fs. 37/43 vta. ID 105801).

Funda la concurrencia de los recaudos de admisibilidad de la acción (capítulo III) y relata los hechos que llevaron al Municipio a deducir la demanda (capítulo IV).

En tal sentido, expone que la contratación se regía por la ley nacional 13.064 y la ordenanza municipal 3764, que aprobó el jurisdiccional de obras públicas. Señala que acorde el monto de la obra y el tipo de procedimiento de selección adoptado, la autoridad competente para autorizar el llamado era el secretario de desarrollo y gestión urbana que dictó la resolución 239/2014 que así lo hizo y aprobó el pliego licitatorio. Agrega que, corriendo ya los plazos para que los interesados preparasen las ofertas, se dictó sin mayores fundamentos la circular modificatoria 1 que varió el objeto de la contratación, la fórmula de la propuesta y la cláusula 2 del pliego de condiciones particulares, fue suscripta por el coordinador de obras y proyectos urbanos a cargo de la subsecretaría de obras públicas y posteriormente ratificada informalmente por la autoridad competente. Postula que el mecanismo empleado para fijar el presupuesto oficial introducido por ella estableció una especie de indexación del monto contractual que se encuentra prohibida por la ley nacional 23.928.

Indica que luego se dictaron también por autoridad incompetente la circular aclaratoria 1 que modificó aspectos técnicos, la circular modificatoria 2 que aumentó el porcentaje del anticipo financiero previsto en el llamado original; y la circular modificatoria 3 que prorrogó la fecha de apertura de las ofertas y varió la documentación a presentar por los





oferentes. Refiere que se realizó el acto de apertura con la presentación de dos ofertas, se expidió la comisión de estudio que aconsejó la adjudicación a la empresa GADA S.A., tomó intervención el servicio jurídico permanente formulando observaciones, se realizó una nueva imputación preventiva de crédito, se rectificó la circular modificatoria 1 respecto de la cotización del dólar empleada y se adjudicó la licitación por el decreto 1842/2014 que cristalizó todos los vicios. Resalta que en ese estado de las actuaciones no existía posibilidad alguna de subsanar los defectos que el procedimiento presentaba.

Seguidamente, profundiza acerca de los vicios que endilga al acto declarado lesivo (capítulo v). Aduce que la nulidad del procedimiento afecta de manera directa el elemento causa del decreto de adjudicación de la obra, dado que las circulares aludidas emanaron de autoridad incompetente en razón del grado, las observaciones efectuadas por la secretaría legal y técnica resultaban insubsanables y lo dispuesto por la circular modificatoria 1 sobre la indexación del valor de la obra se apartó del principio de juridicidad por ser de objeto prohibido. Denota además que, por la constante alteración de las cláusulas del pliego y su vaguedad, se vieron afectados los principios de igualdad entre los oferentes, concurrencia, transparencia, equidad y buena fe que deben imperar en todo el procedimiento licitatorio.

Narra que en mérito a las consideraciones expuestas y ante la imposibilidad de revocar el acto en su sede por encontrarse firme y consentido y con derechos subjetivos cumplidos, se emitió el decreto

163/2021 que lo declaró lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad en virtud de los vicios apuntados, que acarrearán su nulidad absoluta con encuadre en el artículo 110 incisos c) y d) de la ley 141.

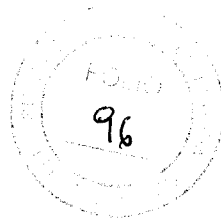
Luego, se expone acerca del posible perjuicio patrimonial al erario público municipal que representaría el acto y la conexidad con la causa ***“FERNÁNDEZ, Claudio Alejandro c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Cobro de Pesos”*** -expediente N° 26.913/2020 del juzgado en lo civil y comercial 2 del distrito judicial sur- (capítulo VI). Solicita la citación como tercero del nombrado, en cuanto invoca el carácter de cesionario del crédito de la accionada (capítulo VII).

Para concluir, concreta autorizaciones de estilo, formaliza reserva del caso federal, ofrece prueba y pide se dicte sentencia que haga lugar a la demanda con imposición de costas a la contraria.

II.- Por resolución del 25 de marzo de 2021 (fs. 46/vta. ID 142800) se declara la admisibilidad formal de la demanda por lesividad y se ordena correr traslado de ese instrumento por el plazo de treinta (30) días de conformidad con las reglas del proceso ordinario.

III.- En consecuencia, se presenta GADA S.A. por intermedio de su representante legal, con patrocinio letrado y contesta la demanda (fs. 53/60 ID 143991).





Luego de negar en forma genérica y específica los hechos invocados en el escrito de inicio y desconocer la documental adjunta que no fueren motivo de reconocimiento expreso, sostiene que la acción deviene abstracta porque la obra fue realizada en su totalidad y recibida por la actora sin cuestionamientos ni observaciones.

Consigna que el decreto 1842/2014 fue suscripto por el intendente y el secretario de desarrollo y gestión urbana como requiere el jurisdiccional establecido por la ordenanza municipal 3764; que se efectivizó la construcción de la estructura metálica correspondiente al microestadio José “Cochocho” Vargas del “*Polo Deportivo y Cultural Pioneros Fueguinos*” y esa obra fue utilizada en beneficio público por toda la población. Destaca que desde su emisión tuvieron intervención el servicio jurídico permanente, la comisión fiscalizadora creada por el decreto 2041/2015, la sindicatura general municipal y el juzgado de instrucción 1 del distrito judicial sur, quienes no advirtieron irregularidad alguna en el proceso licitatorio.

Esgrime que resulta improcedente la revocación del acto ejecutado, firme y consentido en virtud de su estabilidad y que no puede declararse por vía judicial la nulidad de actos ya agotados, por carecer la pretensión de una finalidad concreta. Postula que el objeto contractual se encuentra agotado y que la lesividad deviene improponible ante la cantidad de actos confirmatorios posteriores a la adjudicación. Cita en apoyo de su postura los pronunciamientos de autos “**Sitra S.A. Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial c/ Municipalidad de Río Grande s/**

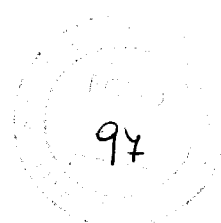
Contencioso Administrativo” (expediente N° 595/1998 STJ-SDO) -en tanto declaró abstracta la pretensión- y **“Municipalidad de Ushuaia c/ Ferreyra Mario Félix s/ Acción de Lesividad”** (expediente N° 434/1997 STJ-SDO) -en cuanto declaró la inadmisibilidad de la demanda por encontrarse cumplido el objeto del acto-.

Denota que el dictamen S.L. y T. 47/2021 y el decreto municipal 163/2021 fueron emitidos con posterioridad a la notificación de la demanda en autos caratulados **“FERNÁNDEZ, Claudio Alejandro c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Cobro de Pesos”**, iniciada en virtud de la cesión de derechos y acciones que realizara la sociedad a favor del nombrado, notificada a la accionante el 10 de noviembre de 2020; que tiene por objeto el cobro del remanente del certificado de obra N° 4 y la devolución de los fondos de reparo.

Asevera que el pago sin reservas de los certificados previos y posteriores al mencionado es un elemento que permite asumir la regularidad en la ejecución de las obligaciones contractuales, hasta que la administración incurrió en mora. Afirma que la circular modificatoria 1 no representa una indexación prohibida, sino un modo de determinar el valor al momento del pago. Aduce que la lesión patrimonial nace de la mora y no del acto mismo.

A continuación, solicita la intervención en el proceso como coadyuvante de Claudio Alejandro Fernández, en cuanto posee un interés directo, personal y legítimo en él.





Finalmente ofrece prueba, funda en derecho, efectúa reserva del caso federal y peticiona el rechazo de la acción de lesividad con costas a la accionante.

IV.- Por providencia de Presidencia del 4 de junio de 2021 (fs. 64 ID 144175) se cita a juicio al nombrado en carácter de tercero interesado, para que conteste demanda y haga valer los derechos que le asistan.

Claudio Alejandro Fernández se presenta por su propio derecho y contesta la demanda (fs. 65/69 ID 178890).

Tras la negativa genérica y específica de los hechos invocados en el libelo inicial y el desconocimiento de la documental adunada que no fueren motivo de reconocimiento expreso, pide la acumulación de la causa ***“FERNÁNDEZ, Claudio Alejandro c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Cobro de Pesos”*** -antes citada- en función de la conexidad de las pretensiones.

Refiere que el dictamen S.L. y T. 47/2021 y el decreto municipal 163/2021 fueron emitidos con posterioridad a la notificación de la demanda en dicha causa y que la actora utiliza el presente proceso con la finalidad de eludir el cumplimiento de la obligación de pago que allí se reclama. Aduce que la acción de lesividad es una defensa impropia creada unilateralmente con posterioridad a la fecha de notificación de la

cesión del crédito al Municipio deudor y que, por tanto, le resulta inoponible a su parte.

Luego reitera los argumentos planteados por GADA S.A. en su contestación, ofrece prueba, funda en derecho, formula reserva del caso federal y peticiona el rechazo de la acción de lesividad con costas a la actora.

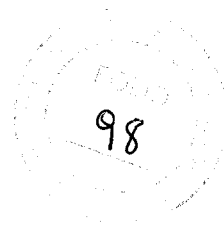
V.- Cumplida la apertura y clausura de la etapa probatoria, se ordena poner los autos para alegar (fs. 70/vta. ID 145147 y fs.183 ID 146092), actividad procesal que es desplegada únicamente por la parte actora (fs. 185/187 ID 249899), siendo desvinculada por extemporánea la presentación conjunta de la demandada y el tercero citado (fs. 188 ID 147078).

VI.- Requerida la intervención del Fiscal ante el Estrado, de conformidad con lo establecido por el artículo 53 del CCA, produce su dictamen a fs. 189/190 -ID 24922-. Opina que la acción de lesividad resulta procedente con relación al saldo pendiente de cobro del certificado de obra demandado por el cesionario.

VII.- A fs. 191 -ID 147544- se llaman los autos para resolver y a fs. 192 -ID 147795- se sortea el orden de estudio y votación.

VIII.- Por providencia del Cuerpo del 11 de mayo de 2022, se dispone acumular a las presentes actuaciones el proceso tramitado por el





expediente N° 4291/2021 STJ-SDO recaratulado "**FERNÁNDEZ, Claudio Alejandro c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo**" para el dictado de una sentencia única (artículo 222 del CPCCLRyM); y suspender el llamado de autos hasta que dichos actuados se encuentren en estado de resolver (fs. 193 ID 31707).

IX.- a) En el marco de ese expediente Claudio Alejandro Fernández, letrado en causa propia, promueve demanda contra la Municipalidad de Ushuaia por el cobro de la suma de USD 206.385,60 con más intereses computados desde el 13 de mayo de 2015; y la devolución de la suma de \$ 92.879,35 retenida desde el 17 de noviembre de ese año en concepto de fondo de reparos con más intereses desde esa data y hasta el efectivo pago (fs. 12/22 vta. ID 14643 p. 25/46).

Funda la legitimación activa con la escritura pública número 224 del 6 de noviembre de 2020 que instrumentó la cesión de derechos y acciones realizada en su favor por la firma GADA S.A., notificada al deudor cedido el 10 de ese mes. Y la legitimación pasiva del Municipio en el carácter de comitente de la obra encargada a la cedente, tramitada por el expediente letra OP N° 7637/2014 y adjudicada por el decreto 1842/2014.

Indica que el expediente letra OP N° 2988/2015 tramitó el certificado de obra N° 4, donde consta el contrato 8969 y su ampliatorio 9596, aprobados por decretos 1981/2014 y 703/2015 -respectivamente- y la factura tipo B 3-0003-000000228 -de fecha 13/04/2015- emitida por la

empresa por la suma de \$ 2.846.119,19. Señala que la resolución SD y
y GU 580/2105 aprobó el certificado, autorizó el pago por la suma facturada
e imputó el gasto; el comprobante 320 autorizó el devengamiento; y en
base a la orden de pago 4973 se abonó la suma de \$ 1.000.000,
adeudándose el remanente de \$ 1.846.119,19. Apunta que del certificado
de obra N° 6 surge que no se ha devuelto la suma de \$ 92.879,35
retenida desde el 17 de noviembre de 2015 en concepto de fondo de
reparos.

Pondera la relevancia del informe de la comisión revisora preliminar
238/2016 del 31 de marzo, en cuanto advierte acerca de la falta de
cancelación de la totalidad del certificado aludido cuando se contaba con
fondos para abonarlo y de la ausencia de justificación del motivo de la
suspensión de pago. Resalta que los demás certificados vinculados a la
obra han sido cancelados y que no existe explicación alguna que sustente
el incumplimiento de pago del certificado N° 4.

Explica que de acuerdo con la cláusula 15 del pliego de
condiciones particulares el vencimiento para el pago de la factura operó el
13 de mayo de 2015. Postula que de conformidad a lo establecido por la
circular aclaratoria 1 -de fecha 3/10/2014- corresponde convertir el saldo
adeudado según la cotización del dólar estadounidense tipo vendedor del
Banco Nación Argentina vigente a aquella data (\$ 8,945 por cada dólar); a
partir de lo cual razona que ese remanente asciende a USD 206.385,60.





Consigna que la contratación fue presupuestada en esa moneda y que los gastos afrontados por la contratista para la compra de los insumos fueron realizados en esa divisa. Esgrime que el incumplimiento injustificado del Municipio trae aparejada la obligación de pago de intereses compensatorios y moratorios en los términos de los artículos 765, 767 y 768 del CCyC.

Plantea de manera subsidiaria la acción de enriquecimiento sin causa y/o de legítimo abono de conformidad con la doctrina sentada por el Alto Tribunal Federal en "*Ingeniería Omega S.A.*" (Fallos 323:3924).

Para concluir ofrece prueba, efectúa reserva del caso federal, acredita el pago de la tasa de justicia y peticiona se haga lugar a la demanda con costas a la contraria.

b) La Municipalidad de Ushuaia, mediante letrada apoderada con patrocinio letrado, opone excepciones de incompetencia y de falta de legitimación activa como de previo y especial pronunciamiento y, en subsidio, contesta demanda (fs. 62/74 ID 14645 p.11/35).

Luego de la negativa genérica y específica de los hechos invocados por la contraria, se explaya acerca de los vicios del proceso licitatorio que dio origen al contrato de obra pública y que motivaron la declaración de lesividad del decreto municipal 1842/2014 efectuada a través de su par 163/2021.

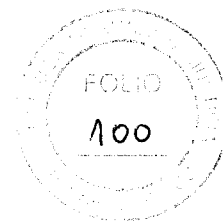
Respecto al saldo del certificado de obra N° 4 reclamado por el cesionario, denota que su conversión a dólares estadounidenses resulta improcedente debido a la invalidez del decreto de adjudicación, cuyos efectos extiende al contrato que origina el crédito del actor.

Sin perjuicio de ello, refiere que la empresa presentó la factura en pesos y que, en todo caso, la indexación aprobada por la circular cuestionada debería haberse aplicado con anterioridad a su presentación. Postula que aquella circunstancia y el consecuente pago parcial efectuado por el Municipio otorgó certeza respecto a la fecha y valor del certificado y cristalizó el monto adeudado. Resalta que de los expedientes de pago de los certificados surge que la indexación nunca fue aplicada, siendo siempre el mismo el monto total de la obra (\$ 20.927.347,00).

En cuanto a la pretensión de devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos, deducida del pago del certificado de obra N° 6, esgrime que la obra no ha sido recepcionada de forma definitiva ya que cuenta únicamente con acta de recepción provisoria con observaciones relativas a obligaciones pendientes de cumplimiento a cargo de la contratista.

Desecha la aplicación de los intereses compensatorios reclamados porque no han sido acordados y no están previstos en el pliego licitatorio ni en la ley nacional 13.064, que solo contempla los moratorios.





Solicita la citación como tercero de la firma GADA S.A., contratista de la obra y cedente del crédito.

Seguidamente ofrece prueba, funda en derecho, concreta autorizaciones de estilo, formaliza reserva del caso federal y pide se dicte sentencia que rechace la demanda en todos sus términos.

c) Tras la correspondiente sustanciación de las excepciones, el juez en lo civil y comercial 2 del distrito judicial sur declara su incompetencia en razón de la materia para intervenir en el expediente N° 26.913/2020 y declina la competencia en favor de este Superior Tribunal de Justicia (fs. 88/90 vta. ID 14645 p. 63/68).

Por resolución del 10 de septiembre de 2021 se declara la competencia originaria del Estrado para conocer en el caso, se rechaza la excepción de falta de legitimación activa deducida por el Municipio y se cita a la sociedad contratista en carácter de tercero, para que conteste demanda y haga valer los derechos que la asistan (fs. 99/102 vta., ID 17242).

GADA S.A. se presenta por intermedio de su representante legal, con patrocinio letrado y contesta la demanda (fs. 106/109 ID 218630).

Argumenta que ha resultado legítima adjudicataria de la obra tramitada por el expediente letra OP N° 7637/2014 y que las obligaciones emergentes del contrato han sido cumplidas en su totalidad. Aduce que,

de haber existido incumplimientos, debería acreditarse algún requerimiento, intimación o un contrato que haya suplido con un tercero los trabajos pendientes.

Indica que nada explica la falta de pago que fuera reclamado en sede administrativa, máxime cuando el Municipio reconoce que el acto de adjudicación se encuentra firme y consentido, con efectos cumplidos y derechos subjetivos en su favor; que resultan el antecedente de la escritura que instrumenta la cesión del crédito a favor del accionante.

Reitera que el objeto contractual se encuentra agotado con la culminación y entrega de la obra al comitente, por lo que el no pago de lo debido representa un injustificado enriquecimiento de su parte, conforme la doctrina sentada por el Alto Tribunal Federal en "*Ingeniería Omega S.A.*" (Fallos 323:3924).

Apunta que las supuestas nulidades administrativas invocadas por el Municipio surgen de actos posteriores a la notificación de la cesión, circunstancia que se contrapone con la doctrina del Címero Tribunal en cuanto establece la inoponibilidad al cesionario de las defensas o excepciones nacidas con ulterioridad a esa fecha ("*Banco de San Juan*" Fallos 283:354).

Entiende que la pretensión del accionante resulta ajustada a lo establecido por la circular aclaratoria 1 del pliego licitatorio, régimen



específico al que la administración se sometió voluntariamente, por lo que reputa improcedente su posterior impugnación.

En base a todo lo expresado, concluye que corresponde declarar abstracta la acción de lesividad incoada por la Municipalidad y condenarla al pago de lo debido con más intereses.

A continuación, funda en derecho, formula reserva del caso federal y pide se dicte sentencia que haga lugar a la demanda presentada por el señor Fernández, con costas.

d) Cumplida la apertura y clausura de la etapa probatoria, se ordena poner los autos para alegar (fs. 110/vta. ID 146177 y fs. 148 ID 151142), actividad procesal efectuada únicamente por el Municipio (fs. 151/153, ID 468948).

e) Requerida la intervención del Fiscal ante el Estrado, de conformidad con lo establecido por el artículo 53 del CCA, produce su dictamen a fs. 155/vta. -ID 49186-.

X.- Llamados los autos para el dictado de la sentencia (fs. 157, ID 152839), reanudado el plazo oportunamente suspendido, practicado nuevo cómputo del plazo de estudio y votación; y devueltos los autos al Acuerdo (fs. 194 del expediente principal, ID 152837), tras la deliberación, se decide considerar y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: *¿Es fundada la acción de lesividad?*

Segunda: *¿Es procedente la demanda de cobro de pesos?*

Tercera: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión el juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- El primer examen que se impone realizar para dar respuesta al presente interrogante, se centra en la validez del decreto municipal 163/2021 que declaró lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad su similar 1842/2014, por el que se adjudicó a la empresa GADA S.A. la licitación pública de la obra denominada *"Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica"*.

1.a. Con tal fin abordaré el expediente administrativo letra OP N° 7637/2014 del registro de la Municipalidad de Ushuaia, por el que tramitó la adjudicación reputada inválida.

Del mismo se desprende que mediante el decreto municipal 1842/2014 -suscripto por el intendente y el secretario de desarrollo y gestión urbana- se adjudicó la licitación pública S.D. y G.U. 07/2014 a la sociedad citada por la suma de \$ 20.927.347,00, se aprobó el proyecto de contrato adjunto y se imputó el gasto. El que fue notificado a la empresa el 13 de noviembre de ese año (fs. 739/743, 747).



El 28 del mismo mes se celebró el contrato 8969 por idéntico monto en el marco de la ley nacional 13.064, sus decretos y resoluciones reglamentarias y la ordenanza municipal 3103; aprobado por el decreto 1981/2014 (fs. 807/809, 811/815).

Por la resolución S.D. y G.U. 365/2014 se aprobó el certificado de anticipo financiero equivalente al 50% del monto contractual; y se autorizó y aprobó el pago de la factura B N° 0003-00000204 presentada en ese concepto por la suma de \$ 10.463.673,50; a ser descontado de los sucesivos certificados de obra conforme lo previsto en la cláusula decimoprimer del contrato (fs. 837/839). El anticipo fue abonado el 16 de diciembre en el marco del expediente letra OP N° 11706/2014 (fs. 34/42).

Mediante el decreto 560/2015 -emitido en el expediente complementario letra OP N° 2739/2015- se autorizó una modificación contractual por una demasía de obra, que incrementó su monto en la suma de \$ 1.857.600,00. El contrato 9506 fue celebrado el 21 de mayo de 2015 y aprobado por el decreto 703/2015.

A su vez, los pagos de los certificados de obra fueron tramitados por los siguientes expedientes:

-Letra OP N° 219/2015, certificado N° 1 por el importe neto -de la retención del porcentaje del anticipo financiero- de \$ 1.341.442,94,

aprobado por resolución S.D. y G.U. 447/2015, cancelado en su totalidad el 9 de marzo de 2015 (fs. 25/26, 28/29, 33/40).

-Letra OP N° 1106/2015, certificado N° 2 por la suma neta de \$ 2.691.989,28, aprobado por resolución S.D. y G.U. 505/2015, pagado íntegramente el 12 de marzo de 2015 (fs. 27/28, 30/31, 38/44).

-Letra OP N° 1971/2015, certificado N° 3 por el monto neto de \$ 2.079.341,20, aprobado por resolución S.D. y G.U. 529/2015, abonado totalmente el 23 de abril de 2015 (fs. 28/29, 31/32, 37/38, 41/42, 48/50).

-Letra OP N° 2988/2015, certificado N° 4 por el importe neto de \$ 2.846.119,19, aprobado por resolución S.D. y G.U. 580/2015, habiéndose efectuado un pago parcial el 9 de junio de 2015 por la suma de \$ 1.000.000 (fs. 27/28, 30/31, 36/41). A fs. 43 consta el informe de la comisión revisora preliminar 238/2016 que observa la falta de pago del saldo de \$ 1.846.119,19 y la ausencia de justificación teniendo en cuenta que se contaba con fondos para la cancelación total del certificado.

-Letra OP N° 4137/2015, certificado N° 5 por el importe neto de \$ 1.504.780,89, aprobado por resolución S.D. y G.U. 619/2015 y su modificatoria 758/2015, cancelado íntegramente el 13 de noviembre de 2015 (fs. 28/29, 35/36, 41/44, 47/50).

-Letra OP N° 4822/2015, certificado N° 6 por el monto de \$ 1.857.600,00 aprobado por resolución S.D. y G.U. 633/2015, con deducción de la suma de \$ 92.879,35 en concepto de fondo de reparos. El pago de este certificado se concretó desdoblado el 19 de octubre y el 11 de noviembre de 2015; y el 17 de este último se materializó la retención en garantía (fs. 30/31, 37/38, 44/57).



Regresando a las constancias del expediente letra OP N° 7637/2014, surge que fue objeto de la muestra en la auditoría de ejecución de la obra denominada "*Polo Deportivo y Cultural Pioneros Fueguinos*" ordenada por la sindicatura general municipal a través de la resolución plenaria SGM 33/2016. El 13 de diciembre se emitió el informe preliminar individual 48/2016 suscripto por el ingeniero Martín Ariel Moreyra, del que resulta que el acta de inicio de la obra se labró el 18 de diciembre de 2014 y el acta de recepción provisoria -con observaciones a ejecutar en un plazo de 30 días- se confeccionó el 29 de junio de 2015 (fs. 849/860).

Además, señala el informe que no obra constancia en las actuaciones del cumplimiento de las observaciones consignadas en el acta y que debieron ejecutarse a cargo del Municipio trabajos de reparación vinculados a ellas y aquellos derivados de filtraciones producidas en el techo. Agrega que en virtud de la inspección visual y constatación realizada el 1° de septiembre de 2016 se verificó que la obra se encontraba ejecutada en un 100%, con las salvedades apuntadas.

El 19 de septiembre de 2018 la firma GADA S.A. efectúa reclamo administrativo por el pago de la suma de USD 193.658,40 en carácter de saldo del certificado de obra N° 4 conforme la circular aclaratoria 1, con más intereses computados desde el 13 de mayo de 2015; y la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos con más intereses (fs. 880/889).

El 21 de noviembre de ese año la contratista formula pronto despacho. En respuesta, mediante nota 301/2018 -del 14 de diciembre- la secretaria de planificación e inversión pública le comunica que no se encuentra acreditado el trabajo por el que se reclama el pago, en función de las observaciones realizadas en el informe preliminar individual 48/2016 de la sindicatura general municipal. El 17 de diciembre de 2018 la empresa reitera el pronto despacho y solicita la emisión del acto administrativo que resuelva el reclamo, siendo las actuaciones remitidas para la intervención del servicio jurídico (fs. 892, 894/896 vta.).

El 10 de noviembre de 2020 el abogado Claudio Alejandro Fernández notifica al municipio en los términos del artículo 1620 del CCyC la cesión de derechos y acciones relativos al reclamo efectuada por GADA S.A., instrumentada por la escritura pública 224 (fs. 24/26 vta. y 39/vta. expediente N° 4291/2021 STJ-SDO).

Con tales antecedentes y sustento en el dictamen S.L. y T. 47/2021, se dicta el decreto 163/2021 -del 2 de marzo-, que declara lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad el decreto 1842/2014, por vicios en el procedimiento administrativo de contratación, ilegitimidad manifiesta en cuanto a la aplicación de la cláusula indexatoria, omisión de los elementos esenciales y falta del elemento causa.

1.b. La documental reseñada precedentemente evidencia que, si bien la obra adjudicada por el acto administrativo declarado lesivo cuenta con acta de recepción provisoria, subsisten derechos subjetivos en vías



de cumplimiento derivados de él y de los contratos 8969 y 9506; reuniéndose en la especie los requisitos previstos en el artículo 113 - segundo párrafo- de la ley 141.

La doctrina que emerge de los precedentes de autos ***“MUNICIPALIDAD DE USHUAIA c/ FERREYRA Mario Félix s/ Acción de Lesividad”*** (expediente N° 434/1997 STJ-SDO, sentencia del 30 de julio de 1997, registrada en T° IX F° 126/127) y ***“Sitra S.A. Inmobiliaria Constructora, Financiera, Industrial y Comercial c/ Municipalidad de Río Grande s/ Contencioso Administrativo”*** (expediente N° 595/1998 STJ-SDO, sentencia del 6 de febrero de 2002, registrada en T° XXXIII F° 63/75) no resulta trasladable al caso, toda vez que las situaciones allí examinadas no guardan sustancial analogía con la planteada en el presente.

En el primero de los pronunciamientos citados el Estrado declaró la inadmisibilidad de la demanda que pretendía la nulidad de los decretos que aprobaron contratos de locación de servicios profesionales que vincularon a las partes, porque aquellos actos habían cumplido su objeto al haberse extinguido los contratos por vencimiento de plazo. En el segundo, declaró abstracta la pretensión deducida por la empresa en su carácter de oferente de una licitación pública orientada a la nulidad de los actos preparatorios y del contrato de adjudicación de la obra, porque éste se encontraba en avanzado estado de ejecución o ya realizado.

En este caso, el contrato de obra pública no se encuentra íntegramente cumplido de acuerdo con las exigencias del pliego de bases y condiciones aprobado por la resolución S.D. y G.U. 239/2014, porque no ha sido aprobada el acta de recepción provisoria de la obra, no se ha labrado el acta de recepción definitiva, existe un saldo pendiente de pago correspondiente al certificado de obra N° 4 y no se ha devuelto la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

De tal modo, el contrato continúa produciendo efectos jurídicos. Consecuentemente, la petición judicial de nulidad del decreto de adjudicación efectuada por el Municipio no deviene abstracta.

1.c. Ello sentado aprecio que, de los vicios endilgados al decreto 1842/2014, el que cobra especial relevancia y guarda directa vinculación con los efectos jurídicos pendientes de cumplimiento -que pretenden hacerse cesar- es el referido a la ilegitimidad de la cláusula prevista en la circular modificatoria 1.

La circular aludida, en su texto publicado con anterioridad a la apertura de ofertas, establece: "...*la Municipalidad de Ushuaia aclara que en el pliego para la ejecución de la obra de la licitación pública S.D. y G. U. N° 07/2014, de la obra 'Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica', en todo lugar donde se indica el presupuesto oficial se deberá tener en cuenta la referencia 'a cotizar dólar estadounidense vendedor del Banco Nación Argentina, el equivalente a (U\$D 2.217.101,75) dólares estadounidenses dos millones doscientos*



diecisiete mil ciento uno con 75/100', de conformidad al tipo de cambio vendedor de fecha 19 de septiembre de 2014, la que será cancelada teniendo en cuenta el tipo de cambio vendedor según cotizaciones del Banco Nación Argentina a la fecha de su pago" (fs. 152, 173, 224/227, 245, 255, 265, 275 y 285 del expediente letra OP N° 7637/2014 -el subrayado es propio-).

De los términos de la cláusula transcripta surge con claridad que incurre en la prohibición prevista en los artículos 7° y 10 de la ley nacional 23.928 -modificados por el artículo 4° de la ley 25.561-, relativa a la actualización monetaria, indexación o repotenciación de precios. Ello así, dado que la disposición no se agota en la referencia a la moneda extranjera como pauta de fijación del presupuesto oficial o de cotización de las ofertas, sino que indica que el precio de la obra será cancelado según las cotizaciones de esa moneda a la fecha de pago.

Considero que esta circunstancia configura una forma de ajuste automático del precio de la obra a la fecha de pago de cada certificado basado en la cotización de la divisa extranjera, que es -precisamente- lo que el mandato legislativo pretende evitar. Extremo éste que determina su nulidad absoluta por contravención a la normativa nacional citada y al régimen de redeterminación de precios de contratos de obra pública municipales reglado en la ordenanza 2782, aplicable a la presente contratación conforme la cláusula C.G.11.2. del pliego de condiciones generales; que es el sistema de revisión de precios previsto legalmente para reajustar el monto básico del contrato y mantener su ecuación

económico-financiera, siempre que se cumplan las condiciones allí exigidas.

2.- Ahora bien, entiendo que la invalidez de la cláusula bajo examen no acarrea la nulidad absoluta del decreto de adjudicación de la obra ni del contrato porque de la documental detallada en el considerando 1.a. resulta que, fuera de su invocación como fundamento del reclamo administrativo de pago del saldo del certificado N° 4 que la administración omitió resolver, la circular modificatoria 1 no fue concretamente aplicada en la tramitación del pago de los certificados de obra.

De los expedientes administrativos allí citados emerge que las facturas B N° 0003-00000210, 0003-00000219, 0003-00000223, 0003-00000228, 0003-00000235 y 0003-00000237 fueron presentadas por la contratista en pesos sin alusión alguna al ajuste en base a la cotización del dólar estadounidense que estuviera vigente a la fecha de vencimiento para el pago de cada certificado (fs. 24, 25, 26, 25, 31 y 32 de los expedientes letra OP N° 219/2015, 1106/2015, 1971/2015, 2988/2015, 4137/2015 y 4822/2015, respectivamente). Luego, los certificados de obra fueron emitidos, aprobados y cancelados con la misma modalidad, no habiéndose efectuado ninguna actualización del precio de la obra a la fecha del efectivo pago con encuadre en la circular modificatoria 1.

De tal suerte, concluyo que la declaración de lesividad a los intereses públicos del acto administrativo de adjudicación efectuada por el decreto municipal 163/2021 en razón de la ilegitimidad manifiesta en



cuanto a la aplicación de la cláusula indexatoria, sin haber resuelto el reclamo administrativo presentado por la contratista ni considerado que dicha aplicación no se materializó, exhibe un vicio en sus elementos causa -como antecedente de hecho- y motivación, que acarrea su nulidad absoluta, de conformidad con lo reglado por los artículos 99 incisos b) y e) y 110 inciso d) de la ley 141.

3.- Como derivación de las consideraciones efectuadas, apreciando el vicio que contiene el decreto municipal 163/2021, juzgo que no procede admitir como fundada la acción judicial entablada en su mérito.

Consecuentemente, a la cuestión bajo análisis voto **por la negativa**.

A la primera cuestión el Juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

1.- El Municipio demanda la declaración de lesividad a los intereses públicos por razones de ilegitimidad del decreto municipal 1842/2014, por el que se adjudicó a la empresa GADA S.A. la licitación pública de la obra denominada *“Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica”*, mediante su par decreto municipal 163/2021.

En virtud de ello, para dar respuesta al primer interrogante se debe analizar si, efectivamente, el acto declarado lesivo por el Municipio ostentaba algún vicio en sus elementos que lo tornara ilegítimo y por lo tanto nulo de nulidad absoluta.

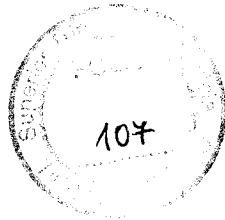
Recordemos que, conceptualmente, la acción de lesividad es aquella por la cual un órgano estatal, o un ente no estatal, en ejercicio de función administrativa, solicita al órgano jurisdiccional competente la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo estable que, previamente, fue declarado lesivo al interés público en sede administrativa por razones de ilegitimidad (Fernando Gabriel, COMADIRA, *“La acción de lesividad”*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. ASTREA, , 2009, pág. 26).

1.a. Con relación a los antecedentes que obran en las actuaciones administrativas me remitiré a la descripción realizada en el voto del colega preopinante.

Del repaso de aquellos antecedentes, surge que mediante el decreto municipal 1842/2014 se adjudicó a la empresa GADA S.A. la licitación pública de la obra denominada *“Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica”*.

Aquel decreto, se advierte también, participa de la naturaleza de un acto administrativo de alcance individual, en tanto declaración emitida por un órgano estatal, es decir, el Municipio de Ushuaia, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales (la adjudicación de la licitación pública), respecto de la empresa GADA S.A. (Cfr. Julio Rodolfo, COMADIRA, *“El acto administrativo en la Ley nacional de procedimientos administrativos”*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, pág 5).





Ese acto dio lugar al contrato de obra pública perfeccionado mediante el instrumento registrado bajo el número 8969 en fecha 4 de diciembre de 2014 (ver. fs. 807 del expediente administrativo letra OP n° 7637 año 2014).

De los antecedentes relatados en el voto preopinante también surge que el contrato administrativo celebrado con la empresa GADA S.A. no fue cumplido en su totalidad de acuerdo con las pautas del pliego de bases y condiciones aprobado por la resolución S.D. y G.U. 239/2014, en tanto que no se aprobó el acta de recepción provisoria de la obra, tampoco se labró el acta de recepción definitiva, está pendiente de pago un saldo correspondiente al certificado de obra N° 4 y no se reintegró la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

En virtud de ello, coincido con el juez Sagastume en cuanto a que en el caso subsisten derechos subjetivos en vías de cumplimiento, razón por la cual se encuentran presentes los requisitos del artículo 113, segundo párrafo, de la ley 141, que impedían la declaración de nulidad del acto de adjudicación en sede administrativa.

Por tal motivo, la pretensión vinculada con la declaración de abstracción de la acción no puede tener acogida positiva.

1.b. Dicho ello, independientemente de los diferentes vicios que la actora le atribuye al decreto 1842/2014 (incompetencia, falta de motivación, violación del procedimiento legal, y ausencia de causa), también coincido con el colega preopinante en cuanto a que el vicio que

cobra mayor interés en el caso es el relativo a la ilegitimidad de la cláusula prevista en la circular modificatoria 1.

Esta cláusula prevé:

“...la Municipalidad de Ushuaia aclara que en el pliego para la ejecución de la obra de la licitación pública S.D. y G. U. N° 07/2014, de la obra ‘Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica’, en todo lugar donde se indica el presupuesto oficial se deberá tener en cuenta la referencia ‘a cotizar dólar estadounidense vendedor del Banco Nación Argentina, el equivalente a (USD 2.217.101,75) dólares estadounidenses dos millones doscientos diecisiete mil ciento uno con 75/100’, de conformidad al tipo de cambio vendedor de fecha 19 de septiembre de 2014, la que será cancelada teniendo en cuenta el tipo de cambio vendedor según cotizaciones del Banco Nación Argentina a la fecha de su pago” (fs. 152, 173, 224/227, 245, 255, 265, 275 y 285 del expediente letra OP N° 7637/2014 -el subrayado es propio-).

De este modo, establece una valorización paralela del presupuesto oficial, originalmente fijado en pesos, en dólares estadounidenses que se cancelarán teniendo en cuenta el tipo de cambio vendedor según cotización del Banco Nación Argentina a la fecha de su pago.

Dicho extremo deviene en una nulidad absoluta en tanto que se aparta palmariamente del régimen de redeterminación de precios de contrato de obra pública municipales reglado en la ordenanza 2782, aplicable a la presente contratación conforme la cláusula C.G.11.2. del pliego de condiciones generales.



Este último es el sistema de revisión de precios previsto legalmente para reajustar el monto básico del contrato y mantener su ecuación económico-financiera, siempre que se cumplan las condiciones allí exigidas.

Esta nulidad impacta en la causa como antecedente de derecho del acto administrativo, en tanto éste debe ajustarse al marco normativo vigente al momento de su dictado, pues es obligación de la Administración someterse plenamente y sin fisuras al principio de juridicidad.

Recordemos que la Administración pública está obligada a conducirse con arreglo al ordenamiento jurídico, donde encuentra su ámbito de actuación. Así, las autoridades administrativas se encuentran compelidas a respetar los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los principios que surgen de ella, los tratados internacionales, la ley formal, los reglamentos, los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y ciertos contratos administrativos (Cfr. Julio Rodolfo COMADIRA y Héctor Jorge ESCOLA, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. I, pág. 99/100).

Por tal motivo, el inciso d) del artículo 110 de la ley 141 establece que es nulo de nulidad absoluta el acto que se hubiere dictado con falta de causa, como antecedente de derecho.

Por otro lado, no puedo dejar de destacar que el vicio en el elemento causa señalado se proyecta sobre el objeto del acto administrativo, entendido éste como el efecto jurídico concreto y determinado que directa e inmediatamente produce la declaración del órgano o ente, que despliega la función administrativa, sobre terceros.

En el elemento objeto se singulariza de modo efectivo y práctico la ejecución del sistema normativo, refiere al contenido, es decir, aquello que el acto decide, certifica u opina (cfr. Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, “La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional”, *Jornadas de Derecho Administrativo – Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo - Universidad Austral*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ed. RAP, 2008 (v. primera parte, pto III).

Así, el inciso b) del artículo 110 de la ley 141 establece que es nulo de nulidad absoluta el acto cuyo objeto es ilícito, en tanto que naturalmente el objeto del acto administrativo no puede contradecir disposiciones constitucionales, legales, ni normativas.

Por todo lo señalado, el decreto municipal 1842/2014, en tanto fue dictado contrariando las disposiciones de la ordenanza 2782 (régimen de redeterminación de precios de contrato de obra pública municipales) y de la cláusula C.G.11.2. del pliego de condiciones generales, resulta ser nulo de nulidad absoluta.

De esa forma, en tanto que el acto en cuestión generó derechos subjetivos que se están cumpliendo, y toda vez que la accionada solicita



al pago parcial del certificado n° 4 invocando la cláusula nula señalada, es decir, pretendiendo su cancelación conforme el tipo de cambio vendedor según cotizaciones del Banco Nación Argentina a la fecha de su pago, es que resulta procedente que el Municipio haya declarado la lesividad del decreto municipal 1842/2014, pues sus efectos aún perviven y pueden ser exigidos por su titular.

Recordemos que declarar lesivo a los intereses públicos un acto administrativo estable implica una exteriorización intelectual proveniente del sujeto emisor del acto —aquí el municipio—, que se traduce en una manifestación de que éste es ilegítimo y por lo tanto inválido, pero dado que fue incorporado al patrimonio del interesado, la declaración de nulidad sólo puede ejecutarse con intervención judicial (Fernando Gabriel, COMADIRA, *“La acción de lesividad”*, Ciudad de Buenos Aires, Ed. ASTREA, 2019, pág. 192).

También es necesario señalar que, frente a un acto ilegítimo, la única opción con la que cuenta la Administración es declarar su nulidad, pues constituye un deber actuar siempre conforme a la legalidad.

La no impugnación judicial de un acto ‘irregular’ que deja subsistentes los efectos ilícitos producidos por dicho acto, sin reparar las consecuencias dañosas eventualmente ocasionadas, no es una opción válida para el actuar administrativo (cfr. Julio Rodolfo, COMADIRA, *“El acto administrativo en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos”*, Ciudad de Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 193).

Consecuentemente, a la cuestión bajo análisis voto **por la afirmativa.**

A la primera cuestión el juez Javier Darío Muchnik dijo:

Que tal como lo señalaran los magistrados que me preceden en el orden de votación, la petición de abstracción solicitada por la empresa GADA S.A. respecto al planteo de nulidad del decreto de adjudicación de obra efectuado por el Municipio de Ushuaia, no puede tener recepción favorable.

Ello, porque el contrato de obra pública oportunamente suscripto no se encuentra íntegramente cumplido por las siguientes razones: a) se encuentra pendiente la aprobación de la recepción provisoria de la obra, b) no se labró el acta de recepción definitiva, c) existe un saldo pendiente de pago correspondiente al certificado de obra nº 4 y, d) no se ha devuelto la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

En definitiva, al continuar produciendo efectos jurídicos -de los cuales, algunos son reclamados por la propia empresa contratista- no procede la declaración de abstracción solicitada respecto a la acción de lesividad.

También se coincide en la afirmación realizada respecto de la importancia que posee la ilegitimidad de la cláusula prevista en la circular modificatoria 1, en relación al resto de los vicios que se atribuyen al decreto municipal Nº 1842/2014 del que se solicita su declaración de lesividad.





La referida cláusula de ajuste a la que se diera forma de circular, contraviene la prohibición establecida en los artículos 7º y 10 de la ley nacional 23.928 -modificados por el artículo 4º de la ley 25.561- y el régimen de determinación de precios de contratos de obra pública municipales estatuido por la ordenanza 2782, aplicable a esta contratación conforme la cláusula C.G.11.2 del pliego de condiciones generales. Ello, determina su invalidez, pero no trae aparejada la nulidad absoluta del decreto de adjudicación de la obra ni del contrato instrumentado en consecuencia, ya que a ninguno de los certificados de obra emitidos, aprobados y cancelados se les aplicó la actualización prevista en dicha circular modificatoria.

Por ello, se adhiere a la conclusión a la que arriba el Dr. Sagastume al señalar que, la declaración de lesividad a los intereses públicos efectuada respecto del decreto de adjudicación 1842/2014 mediante el decreto municipal 163/2021, exhibe un vicio en sus elementos causa -como antecedente de hecho- y motivación, que acarrea su nulidad absoluta, de conformidad con lo reglado por los artículos 99 incisos b) y e) y 110 inciso d) de la ley provincial 141. Ello, en virtud de la ilegitimidad manifiesta de la cláusula indexatoria y de su concreta falta de aplicación.

En consecuencia, independientemente de la invalidez de la mencionada cláusula, procede el rechazo de la acción de lesividad interpuesta por la Municipalidad de Ushuaia.

Por las razones expuestas, a la cuestión bajo análisis voto por la **negativa.**

La señora juez María del Carmen Battaini comparte y hace suyos los fundamentos desarrollados por el juez Sagastume y vota en idéntica forma el primer interrogante formulado.

A la primera cuestión la señora jueza Edith Miriam Cristiano dijo:

I. Adelanto que adhiero a la solución propiciada por el colega que lidera el acuerdo.

II. Estimo pertinente resaltar que del análisis de los antecedentes que obran en las actuaciones administrativas y que fueron relatados por el juez preopinante, surge que el Decreto Municipal 1842/14, declarado lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad mediante Decreto Municipal N° 163/2021, resulta ser un acto administrativo que se encuentra firme y consentido y que ha generado derechos subjetivos, aún pendientes de cumplimiento, al igual que aquellos derivados de los contratos 8969 y 9506.

En consecuencia, se encuentran cumplidos los requisitos prescriptos por el artículo 113 (segundo párrafo) de la ley provincial N° 141.





En efecto, surge de la documental mencionada que el contrato administrativo suscripto entre la Municipalidad de Ushuaia y la empresa GADA S.A., sigue produciendo efectos jurídicos.

Es decir que el contrato de obra pública no se encuentra íntegramente cumplido conforme las exigencias del pliego de bases y condiciones aprobado por Resolución S.D. y G.U. 239/2014: no ha sido aprobada el acta de recepción provisoria de la obra y no se ha labrado el acta de recepción definitiva.

Asimismo, no se ha cumplido con el pago correspondiente al certificado de obra N° 4 cuyo importe neto es de \$ 2.846.119,19, aprobado por resolución S.D. y G.U. 580/2015: se efectuó un pago parcial el 9 de junio de 2015 por la suma de \$ 1.000.000 y, en consecuencia, se observa la falta de pago del saldo de \$ 1.846.119,19 (expediente Letra OP N° 2988/2015).

También surge del expediente Letra OP N° 4822/2015, que se procedió al pago del certificado N° 6 por el monto de \$ 1.857.600.00 aprobado por resolución S.D. y G.U. 633/2015, con deducción de la suma de \$ 92.879,35 en concepto de fondo de reparo, por lo que se prueba que tampoco se ha devuelto dicha suma.

Por lo tanto, al existir derechos subjetivos pendientes de cumplimiento, también queda acreditado que no deviene abstracta la acción de lesividad.

Ello por cuanto, “el interés jurídico en la declaración del derecho pretendido debe permanecer vivo en el momento del dictado de la sentencia”, como es el caso de autos, “porque de lo contrario el tema que lo originó se convierte en una cuestión abstracta...” (conf. Palacio, Lino E. “El Recurso Extraordinario Federal”, EDIT. Abeledo Perrot, 2001, pág. 58.), situación esta última que no se configura en las presentes actuaciones.

Tal fue el criterio expuesto por este Tribunal en “Moreno, Oscar J. y otros c/ Provincia de Tierra del Fuego s/ Acción de inconstitucionalidad” -expte. n° 239/96 SDO, sentencia del 29.05.97 registrada en el Libro VII, f° 139/150-; “Tavi, Néstor Fabián s/ Robo en poblado y en banda reiterado - 2 hechos-” -expte. n° 644/03 SR del 18.02.2004, Libro X, f° 48/52 -; “Ojeda Cárdenas, Claudio Augusto s/ Incidente de revocación de libertad asistida” -expte. n° 1091/08 SR del 25.08.2008, Libro XIV, f° 523/526-; “Quiroga, Jonathan s/ Habeas Corpus” -expte. n° 1301/09 SR del 08.04.2010, Libro XVI, f° 297/301-; y más recientemente, “Quiroga, Jonathan Renzo s/ Legajo de Ejecución” -expte. n° 450/17 SP del 24.08.2018, Libro IV, f° 466/469-; entre muchos otros.

Ahora bien, para contestar al primer interrogante corresponder avocarme al examen respecto a la validez del decreto municipal 163/2021 que declaró lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad, el Decreto 1842/2014.





Para ello coincido con el juez que lidera el Acuerdo que, en tal sentido, corresponde detenerse en el análisis del más relevante de los vicios que le fuera impugnados al Decreto Municipal N° 1842/2014, cual es el relativo a la ilegitimidad de la cláusula contenida en la Circular Modificatoria N° 1.

En efecto, la Circular aludida establece: "... la *Municipalidad de Ushuaia aclara que en el pliego para la ejecución de la obra de la licitación pública S.D. y G. U. 07/2014, de la obra 'Polo Deportivo y Cultural -Pioneros Fueguinos – Estructura Metálica –', en todo lugar donde se indica el presupuesto oficial se deberá tener en cuenta la referencia 'a cotizar dólar estadounidense vendedor del Banco Nación Argentina, el equivalente a (USD 2.217.101.75 dólares estadounidenses dos millones doscientos diecisiete mil ciento uno con 75/100', de conformidad al tipo de cambio vendedor de fecha 19 de septiembre de 2014, la que será cancelada teniendo en cuenta el tipo de cambio vendedor según cotizaciones del Banco Nación Argentina a la fecha de su pago*" (el resaltado me pertenece).

Resulta patente que el texto de la mencionada Circular transgrede lo previsto en los artículos 7 y 10 de la ley nacional 23.928 – modificados por el artículo 4 de la ley 25.561.

Asimismo, la Circular en estudio viola, asimismo, el régimen de redeterminación de precios de contratos de obra pública municipales normado en la Ordenanza 2782, la que resulta aplicable a tenor de lo prescripto por la cláusula C.G.11.2. del pliego de condiciones generales.

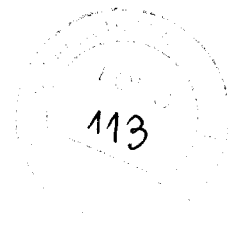
El vicio apuntado trae aparejada **la nulidad absoluta de la cláusula en estudio** por haber sido dictada con objeto ilícito, de conformidad a lo prescripto por el artículo 110 inciso b) de la ley Provincial 141.

“Existe una relación de causa a efecto entre vicios y nulidades. Precisamente la nulidad es la consecuencia jurídica que se impone ante la transgresión al orden jurídico. Las nulidades actúan como antibióticos de la juridicidad, para el saneamiento del antiderecho. Son un resultado obligado del antecedente: los vicios jurídicos.” (DROMI, Jose Roberto. El acto Administrativo. Madrid, España. Instituto de Estudios de Administración Local 1985. pp 125-128.).

También comparto el criterio sostenido por el Dr. Sagastume, en cuanto a que dicha nulidad **no se extiende al decreto municipal 1842/2014** mediante el cual se adjudicó a la empresa GADA S.A. la licitación pública de la obra denominada *“Polo Deportivo y Cultural – Pioneros Fueguinos- Estructura Metálica”*, ni al contrato registrado bajo el N° 8969 el 4 de diciembre de 2014, celebrado el 28 de noviembre de 2014 y aprobado por el decreto 1981/2014, actos administrativos que resultan válidos. (fs. 807/809 y 811/815 del expediente administrativo letra OP N° 7637/2014 del registro de la Municipalidad de Ushuaia.

Por tanto, considero que el decreto municipal 163/2021 de fecha 2 de marzo de 2021 (que declara lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad, el decreto municipal 1842/2014), resulta viciado en sus elementos causa -como antecedente de hecho- y motivación, por lo que el





acto deviene nulo de nulidad absoluta, de acuerdo a lo preceptuado por los artículos 99 incisos b) y e) y 110 inciso d).

A mayor abundamiento, obsérvese que el decreto municipal 163/2021 fue dictado sin haber resuelto el reclamo administrativo presentado por la firma GADA S.A. el 19 de septiembre de 2018 (fs. 880/889 del expediente administrativo letra OP N° 7637/2014 del registro de la Municipalidad de Ushuaia) y omitió considerar que la Circular Modificatoria 1 no fue efectivamente aplicada en la tramitación de los pagos de los certificados de obra, por lo que su aplicación nunca se materializó.

En mérito a los fundamentos expuestos, considero que la acción de lesividad interpuesta por la Municipalidad de Ushuaia debe ser rechazada.

En consecuencia, a la primera cuestión bajo examen, **voto por la negativa.**

A la segunda cuestión el juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- De los antecedentes del expediente N° 4291/2021 STJ-SDO surge que el actor pretende el pago de la suma de USD 206.385,60, en concepto de saldo del certificado de obra N° 4, con más intereses desde el 13 de mayo de 2015; y la devolución de la suma de \$ 92.879,35 retenida desde el 17 de noviembre de ese año en carácter de fondo de reparos con más intereses desde esa data y hasta el efectivo pago. Invoca la cesión de derechos y acciones relativos al reclamo

administrativo realizada en su favor por la firma GADA S.A., instrumentada por la escritura pública 224.

Afirma que, de conformidad con lo establecido por la circular modificatoria 1, corresponde convertir el remanente adeudado de \$ 1.846.119,19 según la cotización del dólar estadounidense tipo vendedor del Banco Nación Argentina vigente a la fecha de vencimiento del plazo de pago del certificado (\$ 8,945 por cada dólar). Esgrime que tal incumplimiento genera además la obligación de pago de intereses compensatorios y moratorios en los términos de los artículos 765, 767 y 768 del CCyC.

Plantea de manera subsidiaria la acción de enriquecimiento sin causa y/o de legítimo abono de conformidad con la doctrina sentada por el Alto Tribunal Federal en "*Ingeniería Omega S.A.*" (Fallos 323:3924).

De otro lado, el Municipio accionado rechaza las pretensiones. Sostiene la improcedencia de la conversión a dólares estadounidenses del saldo del certificado N° 4 en función de la invalidez del decreto de adjudicación, cuyos efectos extiende al contrato que origina el crédito reclamado en autos. Agrega que, sin perjuicio de ello, la cedente presentó la factura en pesos y que, en todo caso, la indexación aprobada por la circular modificatoria 1 debería haberse aplicado con anterioridad a su presentación.





Repele la pretensa devolución de la suma deducida del certificado N° 6 en concepto de fondo de reparos, bajo el argumento de que la obra no ha sido recepcionada definitivamente.

Desecha la aplicación de los intereses compensatorios reclamados porque no han sido acordados y no están previstos en el pliego licitatorio ni en la ley nacional 13.064, que solo contempla los moratorios.

En el contexto en que ha quedado trabada la litis, el núcleo de la controversia a dirimir radica en determinar la procedencia del pago del saldo del certificado de obra N° 4 y de la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

2.- Respecto al primer aspecto de la cuestión litigiosa, cabe poner de relieve que -de acuerdo con el análisis desarrollado al tratar el interrogante anterior- la cláusula establecida en la circular modificatoria 1 resulta nula de nulidad absoluta porque transgrede la prohibición prevista en los artículos 7° y 10 de la ley nacional 23.928 -modificados por el artículo 4° de la ley 25.561-, relativa a la actualización monetaria, indexación o repotenciación de precios.

En consecuencia, corresponde descartar la pretensión de conversión a dólares estadounidenses del remanente del certificado aludido, que asciende a la suma de \$ 1.846.119,19 (conf. fs. 27/28, 30/31, 36/41 y 43 del expediente letra OP N° 2988/2015).

2.a. El artículo 45 de la ley nacional 13.064 prescribe que las condiciones de pago de las obras deben incorporarse en los pliegos de condiciones generales y particulares de cada obra.

El pliego de bases y condiciones aprobado por la resolución S.D. y G.E.U. 239/2014 establece que el precio de la obra será el que resulte de la aplicación del contrato (cláusula C.G.8.1.).

Puntualmente, respecto al procedimiento de certificación de la obra y su pago consigna: *“La medición de los trabajos ejecutados por el contratista lo realizará la Dirección de la Obra el último día de cada mes, o hábil inmediato posterior. Dicha medición será conformada por el Representante Técnico y la Dirección; posterior a ello el Contratista ingresará el ACTA DE MEDICIÓN juntamente con la factura correspondiente al importe de los trabajos medidos. La confección del Certificado de Obra correspondiente, será realizada por la Municipalidad.*

(...) El importe de la obra será abonado al contratista a medida que el Comitente apruebe los certificados mensuales por el valor de lo hecho, a los treinta (30) días corridos de presentados el Acta de Medición y la Factura correspondiente, ambas debidamente conformadas, y comprobantes de cumplimiento de leyes laborales, cargas sociales y aportes previsionales.

En los casos en que un Ítem no haya sido ejecutado en todas las fases que comprende el precio unitario, se estimará el valor de lo hecho, en forma proporcional. En estos casos se confeccionará una planilla firmada



por la Dirección y el Contratista donde conste detalladamente para estos Ítems, la tarea realizada en obra (Foja de Medición).

Los plazos de pago indicados se interrumpirán en caso de que se formulen observaciones que deban ser corregidas por el contratista reiniciándose los mismos, en el momento que se haga la presentación con las modificaciones requeridas” (cláusulas C.P. 14 y 15).

Señala la doctrina que el certificado de obra pública es un acto administrativo dictado por el Estado contratante con efectos jurídicos individuales y directos en relación con el empresario. Más puntualmente, el objeto de dicho acto es el reconocimiento de deuda por el Estado a favor del contratista por la ejecución de cierta cantidad de obra en un período determinado, previa verificación del avance por el propio Estado por medio del procedimiento de medición y mensura. El monto que surge del certificado, en concepto de acreencia del contratista por la obra parcialmente ejecutada, reviste el carácter de una suma cierta, líquida y exigible (conf. BALBÍN Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo V segunda edición actualizada y ampliada, págs. 444/445).

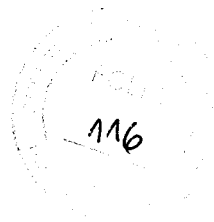
En esa dirección, también ha indicado que el procedimiento de certificación y pago en el contrato de obra pública, amén de sus implicancias presupuestarias internas para la administración comitente, no significa otra cosa que una técnica de contabilización de los trabajos consistente en un relevamiento o mensura de ellos con la aplicación, sobre lo medido, de los precios contractuales. Que el certificado de obra

declara la cantidad de los trabajos realizados -presupuesto de hecho- en un período de ejecución, generalmente mensual, y los valúa a los precios originales del contrato. Y que decide o reconoce una deuda que se constituye en el antecedente inmediato del pago al contratista, objeto que se haya predeterminado estrictamente en las pautas legales y contractuales aplicables a la prestación de la administración (conf. BARRA Rodolfo Carlos, *Contrato de Obra Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 1988, Tomo 3, págs. 909, 935/936 y 959).

2.b. Las constancias obrantes en el expediente administrativo letra OP N° 2988/2015 caratulado “*Departamento de Certificaciones s/ Certificado N° 04 - Ref. Expte. OP. N° 7637/2014 -GADA S.A.*” evidencian que se ha dado cumplimiento al procedimiento de certificación previsto en las cláusulas C.P. 14 y 15 del pliego licitatorio.

Observo que: **a)** A fs. 23/24 obran el acta y foja de medición N° 4 correspondiente al período comprendido desde el 1° al 31 de marzo de 2015, conformadas por el inspector de obra designado por la resolución S.S.O.P. 159/2014 y el representante técnico de la contratista. **b)** El 13 de abril de 2015 la empresa presentó el original de la factura B N° 0003-00000228 por la suma \$ 2.846.119,19, juntamente con el acta y foja de medición N° 4, certificado de cumplimiento fiscal de la dirección general de rentas de la provincia y formulario 931 AFIP (fs.17/26). **c)** A fs. 27/28 consta el certificado de obra N° 4 suscripto por el departamento certificaciones, el representante legal de la empresa, el inspector de obra y la directora de obras, por el importe total de \$ 5.692.238,38 con una





retención del 50% por devolución del anticipo financiero, de la que resulta un monto neto certificado de \$ 2.846.119,19; con vencimiento para el pago el 13 de mayo de 2015. **d)** El 30 de abril se dictó la resolución S.D. y G.U. 580/2015 que aprobó el certificado por los trabajos realizados en el mes de marzo, aprobó el gasto y autorizó el pago de la factura presentada por la contratista por la suma de \$ 2.846.119,19 y lo imputó con cargo a la secretaría de desarrollo y gestión urbana - partida 52 trabajo público (fs. 30/31). **e)** El 9 de junio de 2015 se efectuó un pago parcial del certificado por la suma de \$ 1.000.000 (fs. 36/42), extremo que resulta corroborado con el informe pericial contable -puntos 3 y 4- presentado en ID 425792 (fs.144/145 expediente N° 4291/2021 STJ-SDO). **f)** A fs. 43 obra el informe de la comisión revisora preliminar 238/2016 que observa la falta de pago del saldo de \$ 1.846.119,19 y la ausencia de justificación teniendo en cuenta que se contaba con fondos para la cancelación total del certificado.

De la secuencia anterior se desprende que en el trámite de certificación reseñado no se han formulado observaciones técnicas relativas a los trabajos ejecutados por la contratista en el período comprendido desde el 1º al 31 de marzo de 2015, que fueron mensurados en el acta de medición N° 4.

De igual modo, en el informe preliminar individual 48/2016 elaborado en el marco de la auditoría de ejecución de la obra "*Polo Deportivo y Cultural Pioneros Fueguinos*" no se realizaron observaciones

específicas respecto a la ejecución de los trabajos relevados y valuados en el acta de medición citada ni a la certificación emitida en consecuencia.

En virtud de todo lo expresado, concluyo que el certificado de obra N° 4 reconoció un crédito en favor de la contratista por la suma cierta, líquida y exigible en la fecha de vencimiento pactada de \$ 2.846.119,19 - que fue cancelada parcialmente-; de la que el Municipio adeuda el saldo de \$ 1.846.119,19.

2.c. De la documental examinada surge que la demora en la cancelación de ese remanente no es imputable a la firma GADA S.A., por lo que resulta aplicable lo previsto en el artículo 48 de la ley nacional 13.064 -sustituido por el artículo 8° de la ley 21.392- en cuanto al derecho al pago de intereses moratorios.

Al respecto, se ha indicado que *“El Estado queda constituido en mora de modo automático, es decir, no es necesario que el contratista intime previamente, ni lo constituya en mora por algún procedimiento o trámite especial. En efecto, el solo vencimiento del plazo para el pago de los certificados constituye al comitente en moroso”* (BALBÍN Carlos F., obra citada, pág. 460).

En el caso bajo examen, se ha configurado una situación de mora imputable a la Municipalidad que operó automáticamente el día del vencimiento del plazo de pago del certificado de obra N° 4, estipulado en la cláusula C.P.15 del pliego licitatorio y la cláusula séptima del contrato



8969 aprobado por el decreto 1981/2014; no habiendo probado la demandada ninguna causa que justifique el retardo en el pago del saldo adeudado y la exima de las consecuencias jurídicas derivadas de la mora.

De tal suerte, corresponde reconocer el derecho del actor al cobro de intereses devengados sobre ese remanente desde que la demandada incurrió en mora -el 13 de mayo de 2015- y hasta la fecha del efectivo pago. Los que se calcularán hasta el 19 de junio de 2017 conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo **"Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido"** -expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729-; y a partir de la fecha indicada conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, acorde lo decidido en autos **"Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. S/ Diferencias Salariales"** -expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII F° 315/319- (ver autos **"MECHULÁN, Matías Roberto c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo"**, expediente N° 3439/2016 STJ-SDO, sentencia del 10 de diciembre de 2021, registrada en T° CXXXIV F° 1/17; y **"HERMAX S.R.L. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo"**, expediente N° 3813/2018 STJ-SDO, sentencia del 18 de abril de 2023, registrada en T° CXLIII F° 171/187).

2.d. Con relación a la pretensión de pago de intereses compensatorios, asiste razón a la demandada en cuanto a su improcedencia porque no se encuentran previstos en la ley nacional 13.064, como tampoco en el pliego licitatorio aprobado por la resolución S.D. y G.U. 239/2014 ni en el contrato de obra.

3.- Dicho lo anterior, procede abordar el segundo aspecto de la cuestión litigiosa delineada en el considerando **1** relativo a la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

Este fondo constituye una garantía contractual otorgada por el contratista a favor de la administración comitente que asegura el fiel cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones convencionales (conf. BARRA Rodolfo Carlos, obra citada, pág. 918).

Al respecto, el pliego de bases y condiciones aprobado por la resolución S.D. y G.E.U. 239/2014 -en lo que aquí interesa- prescribe: *“Del importe de cada certificado se descontará el CINCO POR CIENTO (5%) para constituir el fondo de reparos, que se retendrá conjuntamente con la fianza contractual; ambos fondos serán devueltos al contratista una vez efectuada y aprobada la recepción definitiva de las obras...”* (cláusula C.G.10.2.).

Por su parte, la ley nacional 13.064 dispone que la recepción de la obra tendrá siempre carácter provisional hasta tanto se haya cumplido el plazo de garantía que se hubiese fijado. Tras la recepción provisoria y el



vencimiento de ese período se llevará a cabo la recepción definitiva, cuya aprobación habilita la devolución de la fianza y de la garantía para reparo (conf. artículos 40, 41, 42 y 44).

De las constancias glosadas en el expediente administrativo letra OP N° 4822/2015 caratulado "*Departamento de Certificaciones s/ Certificado N° 06 - Ref. O.P. N° 7637/2014 - GADA S.A.*" emerge que en la liquidación del certificado de obra N° 6 se dedujo a la contratista en tal concepto la suma de \$ 92.879,35 (fs. 30/31, 37/38, 53/57); circunstancia que concilia con el informe pericial contable -punto 3- presentado en ID 425792 (fs. 144/145 expediente N° 4291/2021 STJ-SDO).

A su vez, de la documental incorporada a fs. 36 del expediente judicial citado y del informe preliminar individual 48/2016, elaborado en el marco de la auditoría ordenada por la sindicatura general municipal a través de la resolución plenaria SGM 33/2016, resulta que el acta de recepción provisoria de los trabajos se labró el 29 de junio de 2015 entre el inspector de obra designado por la resolución S.S.O.P. 159/2014 y el representante técnico de la contratista; con las siguientes observaciones a ejecutar por la empresa en un plazo de 30 días: "1) *Terminación y colocación de barandas de Acero Inoxidables en torres 1,2,3 y 4.* 2) *Colocación de babetas de chapa galvanizada en encuentro de techos de tribuna y gimnasio.* 3) *Memoria de cálculo y plano de estructura conforme a obra.*".

Además, indica el informe del organismo de control que no consta en las actuaciones auditadas el cumplimiento de tales observaciones y que debieron ejecutarse a cargo del Municipio trabajos de reparación vinculados a ellas y aquellos derivados de filtraciones producidas en el techo. Agrega que en virtud de la inspección visual y constatación realizada el 1º de septiembre de 2016 se verificó que la obra se encontraba ejecutada en un 100%, con las salvedades apuntadas (fs. 849/860 expediente letra OP N° 7637/2014).

De otro lado, el actor no ha demostrado en autos la ejecución por parte de la empresa GADA S.A. de los trabajos pendientes requeridos en el acta de recepción provisoria, ni que la contratista hubiere solicitado la recepción definitiva de la obra una vez finalizado el plazo de garantía fijado en las cláusulas 9º C.E., C.G.11.3. y 9º C.P. del pliego licitatorio y novena del contrato 8969, determinado en 360 días corridos computados desde la fecha del acta de recepción provisoria.

De tal modo, no habiéndose acreditado la recepción definitiva de la obra, no corresponde la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

4.- En virtud de las consideraciones que anteceden, juzgo que procede admitir la demanda en cuanto a la pretensión de pago del saldo adeudado del certificado de obra N° 4 -\$ 1.846.119,19- con más intereses moratorios computados desde el 13 de mayo de 2015; y rechazarla en lo demás que persigue.



Como corolario de todo lo expresado, con el alcance indicado, a la presente cuestión voto **por la afirmativa**.

A la segunda cuestión el Juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

1.- En este punto es necesario remitirnos a los antecedentes que obran en el expediente N° 4291/2021 STJ-SDO, del que surge que el Sr. Claudio Fernández pretende el pago de la suma de USD 206.385,60, en concepto de saldo del certificado de obra N° 4, con más intereses desde el 13 de mayo de 2015; y la devolución de la suma de \$ 92.879,35 retenida desde el 17 de noviembre de ese año en carácter de fondo de reparos con más intereses desde esa data y hasta el efectivo pago.

Para sostener su pretensión, invoca la cesión de derechos y acciones relativos al reclamo administrativo realizada en su favor por la firma GADA S.A., instrumentada por la escritura pública 224 y se ampara, especialmente, en la circular modificatoria tratada en el punto anterior.

De esa forma, y en los términos en que quedó trabada la litis, la controversia se limita a determinar si procede el pago parcial del saldo del certificado de obra n° 4 en los términos solicitados, esto es, en los fijados por la cláusula establecida en la circular modificatoria 1, así como la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

2.a. La respuesta a este segundo interrogante requiere necesariamente considerar el análisis y las conclusiones expuestas al responder al primer interrogante, en el cual señalé que cabría hacer lugar

a la acción de lesividad deducida por el Municipio con relación al decreto municipal 1842/2014. Ello dado que la cláusula establecida en la circular modificatoria 1 es nula de nulidad absoluta por ser contraria al ordenamiento jurídico vigente (cfr. ordenanza 2782 —régimen de redeterminación de precios de contrato de obra pública municipales— y de la cláusula C.G.11.2. del pliego de condiciones generales).

De esa forma, corresponde desestimar la pretensión por la que el señor Fernández procura que el remanente del certificado en cuestión, que asciende a la suma de \$ 1.846.119,19 (conf. fs. 27/28, 30/31, 36/41 y 43 del expediente letra OP N° 2988/2015), sea convertido a dólares estadounidenses y se abone al tipo de cambio vigente a la fecha de pago, por aplicación de lo previsto en la circular declarada nula.

2.b. Desestimada la pretensión principal, corresponde entonces atender a la pretensión deducida en subsidio, vinculada con la acción de enriquecimiento sin causa o de legítimo abono, de conformidad con la doctrina sentada por el Alto Tribunal Federal en el precedente “Ingeniería Omega S.A.” (CSJN, Fallos, 323:3924), entre otros.

Sobre este punto habré de señalar que, en su defensa, el Municipio se limitó a indicar que no procede el pago de certificado n° 4 en los términos pretendidos por el actor, más en ningún momento desconoció la tarea cumplida por la empresa. Por el contrario, reconoció el pago parcial de dicho certificado, en tanto que sostiene que el cincuenta por ciento (50%) del certificado se encuentra cancelado con el pago del anticipo financiero y que mediante la resolución SD. y Gu n° 580/2015 se aprobó



el certificado nº 4 para la Obra Polo Deportivo y Cultural Pioneros Fueguinos y el pago de la Factura correspondiente.

Señala el Municipio que se efectuó el pago parcial del mismo por un monto de PESOS UN MILLÓN (\$1.000.000.-), y que a la actualidad queda pendiente de cancelación el saldo de PESOS UN MILLÓN OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO DIECINUEVE CON DIECINUEVE CENTAVOS (\$1.846.119.19.-).

Así, si bien rechaza la alternativa de que el pago se realice considerando monto en dólares al tipo de cambio oficial, reconoce la factura presentada por el Sr. Fernández, destaca que aquella fue presentada por un monto en pesos, razón por la cual el pago parcial otorgó certeza respecto a la fecha y valor del certificado, como así también respecto el monto adeudado.

En este punto, creo conveniente destacar que la declaración de lesividad realizada por el Municipio lo fue sólo respecto del decreto municipal 1842/2014, más en ningún momento se mencionan las resoluciones que certificaron los trabajos realizados y autorizaron los pagos correspondientes.

A tal fin, me remito al detalle realizado por el colega preopinante en el punto 2.b referente a las constancias obrantes en el expediente administrativo letra OP Nº 2988/2015 caratulado "*Departamento de Certificaciones s/ Certificado Nº 04 - Ref. Expte. OP. Nº 7637/2014 - GADA S.A.*", en el cual se llevó a cabo la certificación de los trabajos realizados por la empresa, y de donde surge que no se han formulado

observaciones técnicas sobre aquellos, durante el periodo desde el 1º al 31 de marzo de 2015, que fueron mensurados en el acta de medición N° 4.

En virtud de ello, atento a la declaración de nulidad propiciada al responder al primer interrogante, considero que corresponde hacer lugar a la pretensión de pago con sustento en el enriquecimiento sin causa. Ello en tanto el Municipio reconoció la ejecución de trabajos realizados por la empresa GADA S.A.

En cuanto al alcance de la reparación, las particularidades de la causa me llevan a fijarlo en la suma de \$ 1.846.119,19, dado que el Municipio no impugnó, ni declaró lesivas las resoluciones que certificaron los trabajos realizados y autorizaron los pagos correspondientes. En efecto, la suma referida es reconocida como adeudada por el propio Estado municipal.

2.c. Por otro lado, el Sr. Fernández reclama el pago de intereses moratorios. Así, de la documental analizada se desprende que la demora en la cancelación del saldo pendiente del certificado n° 4 no es imputable a la firma GADA S.A. motivo por el cual en este punto adhiero a la solución brindada por el colega preopinante en lo que refiere al cómputo de los intereses.

3.- Por último, y con relación a la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos, coincido con la solución propuesta en el voto que lidera el acuerdo toda vez que, al no acreditarse la recepción



definitiva de la obra, no corresponde la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos.

4.- En virtud de lo precedentemente expuesto, propicio admitir la demanda en cuanto a la pretensión de pago del saldo adeudado del certificado de obra N° 4, por la suma de Pesos un millón ochocientos cuarenta y seis mil ciento diecinueve con 19/100 centavos —\$ 1.846.119,19— con más intereses moratorios computados desde el 13 de mayo de 2015, y rechazarla en lo demás que persigue.

Como corolario de todo lo expresado, con el alcance indicado, a la presente cuestión voto **por la afirmativa**.

A la segunda cuestión el juez Javier Darío Muchnik dijo:

Ingresando en el análisis de los antecedentes por los cuales tramitara el cobro de pesos contra la Municipalidad de Ushuaia, se deben dar por reproducidas las consideraciones efectuadas por el Dr. Sagastume en su voto.

En primer lugar y en base al análisis efectuado al tratar la cuestión anterior, se descarta la pretensión de conversión a dólares estadounidenses del saldo impago correspondiente al Certificado de Obra N° 4.

Del cotejo de las constancias documentales reseñadas en el voto ponente, se desprende que el certificado en cuestión reconoció un crédito en favor de la contratista GADA S.A. por la suma cierta, líquida y exigible

en la fecha de vencimiento pactada de \$ 2.846.119,19., cifra que fuera cancelada parcialmente y respecto de la cual el Municipio adeuda el saldo de \$ 1.846.119,19.

Al no resultar imputable a la firma GADA S.A. la demora en la cancelación de ese remanente, deviniendo aplicable lo previsto en el artículo 48 de la ley nacional 13.064 -sustituido por el artículo 8º de la ley 21.392- en relación al pago de intereses moratorios y, al haberse configurado una situación de mora imputable a la Municipalidad de Ushuaia, la que operó automáticamente el día del vencimiento del plazo de pago del certificado de obra N° 4 -estipulado en la cláusula C.P.15 del pliego licitatorio y la cláusula séptima del contrato 8969 aprobado por el decreto 1981/2014-, corresponde reconocer el derecho del actor al cobro de intereses devengados sobre ese remanente desde que la demandada incurrió en mora -el 13 de mayo de 2015- y hasta la fecha del efectivo pago.

Esos intereses se deberán calcular hasta el 19 de junio de 2017 conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo **“Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido”** -expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729-; y a partir de la fecha indicada conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, acorde lo decidido en autos **“Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. S/ Diferencias Salariales”** -expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del



19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII F° 315/319-, tal como lo viene sosteniendo el Estrado en reiterados precedentes (ver entre otros **"Calderón Inocentes, Cirilo c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo"**, expediente N° 3591/2017 STJ-SDO, sentencia del 8 de octubre de 2019, registrada en T° CXIII, F° 49/61, **"MECHULÁN, Matías Roberto c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo"**, expediente N° 3439/2016 STJ-SDO, sentencia del 10 de diciembre de 2021, registrada en T° CXXXIV F° 1/17; y **"HERMAX S.R.L. c/ Municipalidad de Ushuaia s/ Contencioso Administrativo"**, expediente N° 3813/2018 STJ-SDO, sentencia del 18 de abril de 2023, registrada en T° CXLIII F° 171/187).

Con relación a la pretensión de pago de intereses compensatorios y respecto de la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparos, se adhiere en todos sus términos a la solución brindada por el Dr. Sagastume en su voto.

En consecuencia y en virtud de las consideraciones expuestas, procede admitir la demanda en cuanto a la pretensión de pago del saldo adeudado del certificado de obra N° 4 -\$ 1.846.119,19- con más intereses moratorios computados desde el 13 de mayo de 2015; y rechazarla en lo demás que persigue.

Como resultado de las consideraciones vertidas y con el alcance indicado, a la presente cuestión voto **por la afirmativa**.

La señora juez María del Carmen Battaini, por compartir las argumentaciones del voto que lidera el acuerdo, adhiere a ellas y vota en el mismo sentido el interrogante formulado.

A la segunda cuestión la señora jueza Edith Miriam Cristiano dijo:

Considero necesario tener presente los antecedentes del expediente **“FERNANDEZ, CLAUDIO ALEJANDRO c/ MUNICIPALIDAD DE USHUAIA s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” Expediente 4291/2021 STJ-SDO.**

En efecto, el actor reclama el pago de USD 206.385,60 en concepto de saldo del certificado de obra N° 4, con más los intereses desde el 13 de mayo de 2015 y hasta su efectivo pago. Asimismo, pretende la devolución de la suma de \$ 92.879,35 que fuera retenida en concepto de fondo de reparos, desde el 17 de noviembre del mencionado año, con más intereses desde esa fecha y hasta el efectivo pago.

Funda la legitimación activa con la Escritura Pública 224 del 6 de noviembre de 2020 mediante la cual se instrumentó la cesión de derechos y acciones realizadas en su favor por la firma GADA S.A., notificada al deudor cedido el 10 de ese mes y año.

Atento a los términos en que ha quedado trabada la litis, la cuestión consiste en determinar la procedencia o no del pago del saldo del certificado de obra N° 4 y de la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparo.



Conforme la solución arribada respecto a la primera cuestión, corresponde desestimar la pretensión de conversión a dólares estadounidenses del remanente del certificado referido, el que asciende a la suma de \$ 1.846.119.19.

En otro orden de ideas, es dable recordar que: *“Coinciden Mó, Bezzi y Dromi en conceptualizar el certificado como un “...instrumento fehaciente con el cual se acredita que el contratista ha realizado un determinado monto de obra, cuya existencia la Administración ha verificado y mensurado” y en que dicho certificado, además, acredita el monto del crédito del contratista por la porción de obra realizada”.* (Ricardo Tomás Druetta-Ana Patricia Guglielminetti, “Ley 13.064 de Obras Públicas” Comentada y anotada, Segunda edición ampliada y actualizada, pág. 349.).

“Igualmente, de manera mayoritaria, se sostiene que el certificado de obra participa de la naturaleza de “acto administrativo”, siendo de aplicación directa, en consecuencia, el régimen de la LNPA. De tal manera el certificado goza de presunción de legitimidad y es ejecutorio por su propia virtualidad, en la medida en que, por regla, reconoce un crédito a favor del contratista.” (Ricardo Tomás Druetta-Ana Patricia Guglielminetti ob. cit., pág. 350.).

Surge del expediente administrativo Letra OP 2988/2015, certificado N° 4 por el importe neto de 2.846.119,19, aprobado por resolución S.D.y G.U. 580/2015, habiéndose efectuado un pago parcial el 9 de junio de 2015 por la suma de \$ 1.000.000 (fs. 27/28, 30/31, 36/41). Asimismo, a fs. 43 consta el informe de la comisión revisora preliminar

238/2016 que observa la falta de pago del saldo de \$ 1.846.119,19 y la ausencia de justificación teniendo en cuenta que se contaba con fondos para la cancelación.

La Municipalidad demandada en su responde admite y reconoce expresamente que "...conforme comprobante de transferencia obrante a fs. 41, se efectuó el pago Parcial del certificado en cuestión, por el monto de PESOS UN MILLON (\$1.000.000.-), quedando pendiente el saldo de PESOS UN MILLON OCHOCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CIENTO DIECINUEVE CON DIECINUEVE CENTAVOS (\$1.846.119,19).".

Por lo tanto, considero que el Municipio adeuda al actor la suma de \$ 1.846.119,19.

En cuanto al reclamo por el pago de los intereses moratorios, encontrándose en mora la Municipalidad demandada y teniendo en consideración que la demora en la cancelación del ese remanente no es imputable a la firma GADA S.A., resulta aplicable lo prescripto por el art. 48 de la ley nacional 13.064- sustituido por el artículo 8ª de la ley 21.392, por lo que corresponde reconocerle al actor el derecho al cobro de los intereses moratorios devengados sobre el saldo impago de \$ 1.846.119,19 desde que la accionada incurrió en mora-el 13 de mayo de 2015- y hasta la fecha del efectivo pago. Los que se calcularán hasta el 19 de junio de 2017 conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo "**Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido**" - expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729-; y a partir de la fecha indicada, según la



tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días (in re: **"Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. Sl Diferencias Salariales"** - expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada en T° 23 F° 315/319-).

Con respecto a la pretensión relacionada con el pago de intereses compensatorios, considero que le asiste razón a la accionada, en cuanto a que postula su improcedencia. Ello así, atento a que dichos intereses no se encuentran previstos ni en la ley nacional 13.064, ni en el pliego licitatorio aprobado por resolución S.D. y G.U. 239/2014, ni en el contrato de obra respectivo.

En relación al reclamo del demandante respecto a la devolución de la suma retenida en concepto de fondo de reparo de \$ 92.879,35, la misma surge de la documental obrante a fs. 36 del expediente administrativo letra OP N 4822/2015 caratulado *"Departamento de Certificaciones s/ Certificado N° 6 – Ref. O.P. N° 7637/2014 – GADA S.A."*.

Comparto al respecto la solución propuesta por el colega que lidera el Acuerdo, por cuanto el demandante no acreditó la ejecución por parte de la empresa contratista GADA S.A. de los trabajos pendientes (que surgen del acta de recepción provisoria labrada el 29 de junio de 2015 entre el inspector de obra designado por la resolución S.S.OP.P. 159/2014 y el representante técnico de la contratista, en la que, precisamente, se realizaron observaciones a ejecutar por la empresa en

un plazo de 30 días.). Por tanto, considero que no ha de hacerse lugar al reclamo mencionado.

Como resultado de las consideraciones expuestas, procede admitir la demanda respecto al saldo adeudado del certificado de obra N° 4, esto es, por la suma de \$ 1.846.119,19, con más los intereses moratorios computados desde el 13 de mayo de 2015 y hasta su efectivo pago y rechazar la demanda en las restantes pretensiones.

En consecuencia, con el alcance indicado, a la segunda cuestión, voto **por la afirmativa**.

A la tercera cuestión el juez Carlos Gonzalo Sagastume dijo:

1.- De conformidad con lo argumentado al tratar los interrogantes anteriores, a la cuestión en estudio propongo:

a) Rechazar la demanda de lesividad deducida por la Municipalidad de Ushuaia a fs. 37/43 vta. del expediente N° 4239/2021 STJ-SDO (ID 105801). Con costas a la parte actora vencida, toda vez que no advierto razones que justifiquen el apartamiento del principio general que rige en la materia (artículo 58 CCA).

b) Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Claudio Alejandro Fernández a fs. 12/22 vta. del expediente N° 4291/2021 STJ-SDO (ID 14643 p. 25/46); y condenar a la Municipalidad de Ushuaia a pagar al nombrado la suma de \$ 1.846.119,19, con más los intereses que se calcularán a partir del día 13 de mayo de 2015 y hasta el 19 de junio



de 2017, conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo **"Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido"** (expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729); y a partir de la fecha indicada y hasta el efectivo pago conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, acorde lo decidido en autos **"Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. s/ Diferencias Salariales"** (expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII F° 315/319). Con costas en el orden causado, en razón de la existencia de vencimientos parciales y mutuos entre las partes (artículos 16, 59 del CCA y 81 del CPCCLR y M).

2.- Con relación a los honorarios de los letrados intervinientes en el expediente N° 4239/2021 STJ-SDO, en atención a las etapas del proceso ordinario efectivamente cumplidas, la labor desplegada, el sentido en que se resuelve y lo dispuesto por los artículos 12, 31, 35, 49, 51 inciso a) y concordantes de la ley 1384, se fijan:

Los emolumentos de los abogados César Gabriel Molina Holguín, Delio Nilo Díaz y las abogadas Ximena Cavagliato y María Luisina Segovia -que actuaron en la representación y patrocinio letrado de la accionante- en veintiún (21) IUS de manera conjunta.

Los correspondientes al abogado Claudio Alejandro Fernández patrocinante de la accionada y letrado en causa propia en su carácter de tercero interesado -que presentó extemporáneamente alegatos- en veintiocho (28) IUS.

3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados, las letradas y la perito que actuaron en el expediente N° 4291/2021 STJ-SDO para el momento en que quede firme la liquidación a practicarse. Ello, en virtud de lo establecido por los artículos 20, 23, siguientes y concordantes de la ley 1384. **Así voto.**

A la tercera cuestión el Juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

1.- De conformidad con lo argumentado al tratar los interrogantes anteriores, a la cuestión en estudio propongo:

a) Hacer lugar a la demanda de lesividad deducida por la Municipalidad de Ushuaia a fs. 37/43 vta. del expediente N° 4239/2021 STJ-SDO (ID 105801), y declarar la nulidad del decreto municipal 1842/2014, por el que se adjudicó a la empresa GADA S.A. la licitación pública de la obra denominada *“Polo Deportivo y Cultural - Pioneros Fueguinos - Estructura Metálica”*. Con costas a la parte actora vencida, toda vez que no advierto razones que justifiquen el apartamiento del principio general que rige en la materia (artículo 58 CCA).

b) Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por Claudio Alejandro Fernández a fs. 12/22 vta. del expediente N° 4291/2021 STJ-





SDO (ID 14643 p. 25/46); y condenar a la Municipalidad de Ushuaia a pagar al nombrado la suma de Pesos un millón ochocientos cuarenta y seis mil ciento diecinueve con 19/100 centavos —\$ 1.846.119,19—, con más los intereses que se calcularán a partir del día 13 de mayo de 2015 y hasta el 19 de junio de 2017, conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo "**Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido**" (expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729); y a partir de la fecha indicada y hasta el efectivo pago conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, acorde lo decidido en autos "**Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. s/ Diferencias Salariales**" (expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII F° 315/319). Con costas en el orden causado, debido a la existencia de vencimientos parciales y mutuos entre las partes (artículos 16, 59 del CCA y 81 del CPCCLR y M).

2.- Con relación a los honorarios de los letrados intervinientes en el expediente N° 4239/2021 STJ-SDO, en atención a las etapas del proceso ordinario efectivamente cumplidas, la labor desplegada, el sentido en que se resuelve y lo dispuesto por los artículos 12, 31, 35, 49, 51 inciso a) y concordantes de la ley 1384, se fijan:

Los emolumentos de los abogados César Gabriel Molina Holguín, Delio Nilo Díaz y las abogadas Ximena Cavagliato y María Luisina

Segovia -que actuaron en la representación y patrocinio letrado de la accionante- en veintiocho (28) IUS de manera conjunta.

Los correspondientes al abogado Claudio Alejandro Fernández patrocinante de la accionada y letrado en causa propia en su carácter de tercero interesado -que presentó extemporáneamente alegatos- en veintiún (21) IUS.

3. Diferir la regulación de los honorarios profesionales de los letrados, las letradas y la perito que actuaron en el expediente N° 4291/2021 STJ-SDO para el momento en que quede firme la liquidación a practicarse. Ello, en virtud de lo establecido por los artículos 20, 23, siguientes y concordantes de la ley 1384. **Así voto.**

Los jueces Javier Darío Muchnik, María del Carmen Battaini y Edith Miriam Cristiano coinciden con la propuesta del juez Sagastume y votan la tercera cuestión en iguales términos.

Con lo hasta aquí expresado finaliza el Acuerdo, dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 3 de SETIEMBRE de 2024.

VISTAS: las consideraciones efectuadas precedentemente en el Acuerdo y como resultado de la votación efectuada,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

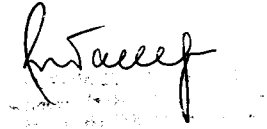


1°.- RECHAZAR la demanda de lesividad deducida por la Municipalidad de Ushuaia a fs. 37/43 vta. del expediente N° 4239/2021 STJ-SDO (ID 105801).

2°.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda promovida por Claudio Alejandro Fernández a fs. 12/22 vta. del expediente N° 4291/2021 STJ-SDO (ID 14643 p. 25/46); y condenar a la Municipalidad de Ushuaia a pagar al nombrado la suma de \$ 1.846.119,19, con más los intereses que se calcularán a partir del día 13 de mayo de 2015 y hasta el 19 de junio de 2017, conforme la tasa promedio entre la máxima activa y la mínima pasiva que utiliza el Banco de Tierra del Fuego, a tenor de lo dispuesto en el fallo "*Escobar, José c/ Expocar S.A. s/ Despido*" (expediente N° 934/2006 STJ-SR, sentencia del 31 de octubre de 2006, registrada en T° XII F° 718/729); y a partir de la fecha indicada y hasta el efectivo pago conforme la tasa que cobra el Banco de Tierra del Fuego en sus operaciones de descuento de documentos en pesos desde 181 hasta 365 días, acorde lo decidido en autos "*Macías, Daiana Norali c/ Patagonia Logística S.A. s/ Diferencias Salariales*" (expediente N° 2411/2016 STJ-SR, sentencia del 19 de junio de 2017, registrada en T° XXIII F° 315/319).

3°.- IMPONER las costas del expediente principal a la parte actora y **DISTRIBUIR** en el orden causado las correspondientes al expediente acumulado.

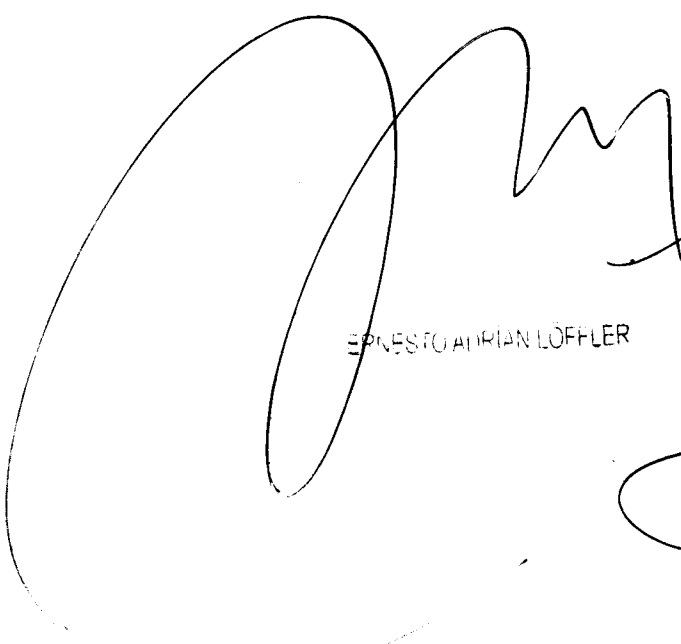
4°.- REGULAR los honorarios profesionales de los abogados César Gabriel Molina Holguín, Delio Nilo Díaz y las abogadas Ximena Cavagliato y María Luisina Segovia en veintiún (21) IUS de manera conjunta; y del



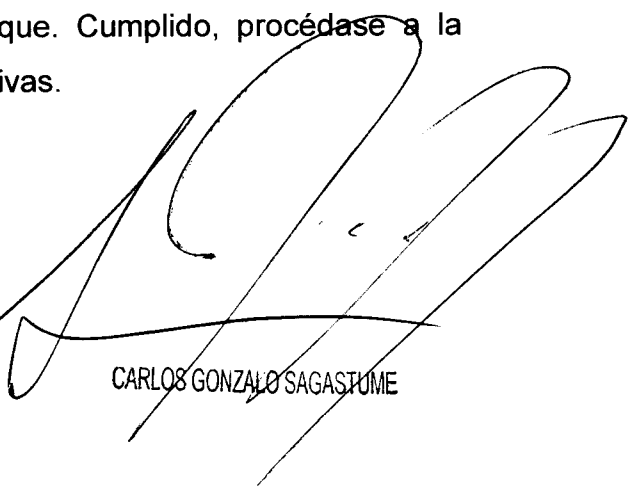
letrado Claudio Alejandro Fernández en veintiocho (28) IUS. Ello, por la actuación en el expediente N° 4239/2021 STJ-SDO.

5°- DIFERIR la regulación de los honorarios profesionales de los letrados, las letradas y la perito que actuaron en el expediente N° 4291/2021 STJ-SDO para cuando quede firme la liquidación a practicarse de acuerdo con lo ordenado en el punto 2°.

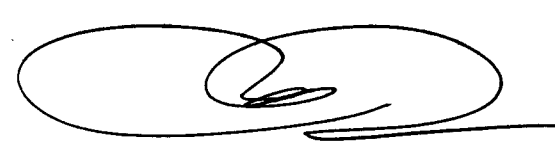
6°.- MANDAR se registre y notifique. Cumplido, procédase a la devolución de las actuaciones administrativas.



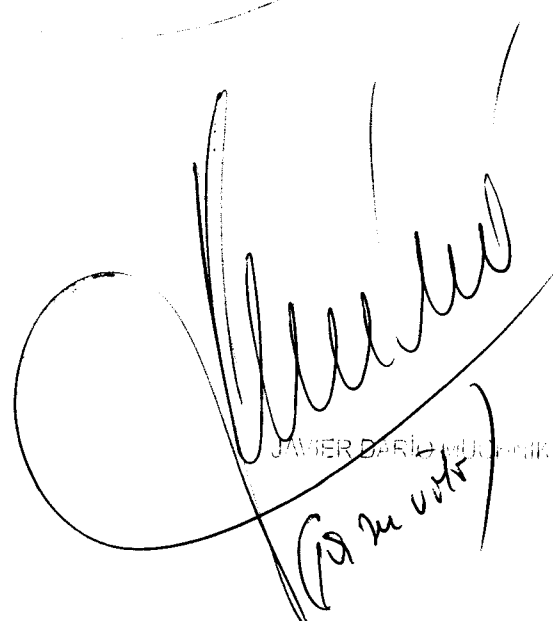
ERNESTO ADRIAN LÖFFLER



CARLOS GONZALO SAGASTUME



MARIA DEL CARMEN BATTAINI



JAVIER DARIÓ MILIOVICH



EDITH MIRIAM CRISTIANO

