

Contrato De Obra Publica Incumplimiento Seguro De Cauccion

JURISPRUDENCIA

Contrato de obra pública. Incumplimiento. Seguro de caución

Se mantiene el fallo que hizo lugar a la demanda deducida por la aseguradora contra el contratista de obra pública que no cumplió su obligación con relación a la Municipalidad asegurada con un seguro de caución. En Buenos Aires a los 13 días del mes de septiembre de dos mil diecisiete, reunidas las señoras jueces de Cámara en la Sala de Acuerdos, fueron traídos para conocer los autos seguidos por ?COSENA SEGUROS S.A.? contra ?ERNESTO TARNOUSKY S.A.? sobre ORDINARIO en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden: Doctoras Piaggi, Ballerini y Díaz Cordero. Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada? La Señora Juez de Cámara Doctora Piaggi dijo: I. ANTECEDENTES FACTICIALES DEL PROCESO. 1. El 26-08-2015 (fs. 53/57) Cosena Seguros S.A. (en adelante ?Cosena?) demandó a Ernesto Tarnousky S.A. (?E.T.S.A.?) por el cobro de \$ 69.319 (pesos sesenta y nueve mil trescientos diecinueve), más intereses y costas. Refirió que en su carácter de aseguradora emitió la póliza ... que garantizaba las obligaciones del tomador accionado frente al beneficiario -la Municipalidad de Coronel Suarez- por la ejecución de un contrato de obra pública. Ante el incumplimiento del demandado la Municipalidad dispuso mediante Decreto 2094 la rescisión contractual por culpa exclusiva del contratista e inició los trámites de ejecución de la garantía. Indicó que estaban cumplidos los recaudos previstos en la póliza y tuvo por configurado el siniestro, abonando el monto máximo asegurado de \$64.100 (pesos sesenta y cuatro mil cien) y \$3.200 (pesos tres mil doscientos) en concepto de honorarios de la representación letrada del asegurado, sumas cuya repetición reclama. 2. El 17-09-2015 (fs. 76-80) Ernesto Tarnousky S.A. contestó demanda, solicitando su rechazo. Reconoció el contrato de seguro que vinculó a las partes, pero adujo que no existió incumplimiento que pudiera configurar el siniestro pues el contrato fue rescindido de mutuo acuerdo. Explicó que ante el aumento en los costos de la obra y la imposibilidad de redeterminar los precios por no existir mecanismo a tal fin en el pliego de licitación, la propia Municipalidad reconoció la imposibilidad de continuar con los trabajos. Esto se instrumentó en la ?Nota de rescisión?, agregada al expediente administrativo, firmada por el presidente de E.T.S.A. en calidad de contratista y por el Ing. Leandro Graff, Secretario de Obras Públicas del Municipio. Sostuvo que la actitud posterior de la Municipalidad de Coronel Suarez que desconoció ese acuerdo es contraria a derecho, cuestión que hizo saber al Ente mediante la CD del 15-04-2015 acompañada por la propia accionante al promover demandada. Concluyó que la aseguradora había pagado mal y no le correspondía ningún reintegro. II. EL DECISORIO RECURRIDO. El fallo de primera instancia del 26-04-2017 corriente a fs. 481/485 y correctamente precedido de la certificación actuarial sobre su término prevista en el art. 112 del reglamento del fuero, admitió la demanda, condenando a la accionada a pagar \$69.319 (pesos sesenta y nueve mil trescientos diecinueve), con intereses y costas. Para así decidir la anterior sentenciante meritó que: (i) estaba acreditada la relación asegurativa y el pago efectuado por la actora la Municipalidad de Coronel Suarez; (ii) del expediente administrativo surge que la obra fue rescindida por exclusiva culpa del contratista, decisión que no fue objeto de recurso alguno. III. EL RECURSO. El condenado apeló el 28-04-2017 (fs. 486), el recurso se concedió en esa misma fecha (fs. 487) y sus agravios del 06-06-2017 (fs. 498/501) fueron respondidos el 16-06-2017 (fs. 503/505). La presidencia de esta Sala llamó ?autos para sentencia? el 10-07-2017 (fs. 507) y la causa se sorteó el 7-08-2017 (fs. 507vta.); quedando el Tribunal habilitado para resolver. IV. CONTENIDO DE LA PRETENSION RECURSIVA. El actor se queja porque -a su criterio- el anterior sentenciante omitió considerar que la aseguradora ?pagó mal? y que la ?rescisión contractual? con la Municipalidad de Coronel Suarez fue bilateral -de mutuo acuerdo- siendo aplicable al caso el art. 1081 del CCyCN y la teoría de la imprevisión. V. Luego de analizar los antecedentes del caso, los diversos medios de prueba aportados al expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica (art. 386, CPCCN) y la sentencia recurrida, anticipo que el pronunciamiento apelado será confirmado. No atenderé todos los planteos del apelante, sino sólo los que estime esenciales y decisivos para pronunciarme en la causa (cnfr. CSJN, "Altamirano, Ramón c. Comisión Nacional de Energía Atómica", del 13.11.86; ídem, "Soñes, Raúl c. Adm. Nacional de Aduanas", del 12.02.87; bis ídem, ?Pons, María y otro" del 06.10.87; ter ídem, "Stancato, Carmelo", del 15.09.89; v. Fallos, 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; 234:250; 243:563; 247:202; 310:1162; entre otros). VI. LA DECISIÓN PROPUESTA. 1. Aun cuando no está controvertida la existencia del contrato que vinculó a las partes, recuérdase que el seguro de caución motivó debates sobre su naturaleza jurídica, y algunos de sus aspectos más relevantes inciden en la solución del litigio. Esta figura contractual asume una función de garantía que un determinado deudor otorga a favor de un acreedor (Morandi, Juan C. F., ?Lecciones preliminares sobre el contrato de seguro?, Buenos Aires, 1963, pág. 27 y siguientes, CNCom, esta Sala, in re ?La Gremial Económica Cía. Arg. de Seg. S.A. c/ Viggiano, Carlos Alberto y otra s/ ordinario?, del 12-8-91). Como es sabido su

finalidad es garantizar a un tercero beneficiario ante las consecuencias de posibles incumplimientos del tomador, vinculado con aquél por un contrato anterior. Se trata de un acuerdo de garantía bajo forma y modalidad de contrato de seguro (CSJN, in re ?Estado Nacional -Ministerio de Economía- c/ Prudencia Compañía Argentina de Seguros Generales SA?, del 30-6-1992). Es una garantía accesoria al acreedor de cierta obligación que su deudor cumplirá en las condiciones pactadas; el asegurado encuentra en el asegurador un nuevo responsable que añade su responsabilidad a la del obligado primigenio. Pertenecen a los contratos de garantía cuyo objeto es la eliminación del riesgo de mora (CNCom., esta Sala, in re ?Gerlach Campbell Construcciones SA c/ Varmacmes SRL y otra?, del 23-10-1990). Ergo en el seguro de caución, las obligaciones y cargas del contrato recaen sobre el proponente y no sobre el acreedor asegurado (CNCom, esta Sala, in re ?Calusa Comercial S.A. c/ Alba Compañía Argentina de Seguros S.A. y otro s/ ordinario? del 04-02-2009). Conclusivamente: el seguro se mantiene vigente hasta tanto el deudor haya sido liberado de su responsabilidad, conforme el régimen aplicable al caso (CNCom, esta Sala, in re ?Alba Cía de Seguros c/ Delos Electrónica S.A. y otros s/ ordinario? del 11-03-1997).

2.1. Por lo anterior, es claro que el pago realizado por la aseguradora no podría quedar diferido sine die en razón de la aparente disconformidad del tomador con el proceder de la Municipalidad. No es posible en este tipo de relación contractual, subordinar el pago de la indemnización a que el tomador admita su responsabilidad, pues se controvertiría la finalidad de este seguro, al impedirse la ejecutabilidad inmediata de la garantía que es su razón de ser (CNFed. Civ y Com., Slaa III, in re ?Empresa Ferrocarriles Asargentinos c/ Agencia Abraxas Turusmo S.R.L. y otro?, 14-09-1998).

2.2. Del expediente administrativo anejado en copia certificada a estas actuaciones, se desprende que la demandada suscribió -conjuntamente con Leandro Graff Secretario de Obras Públicas de la comuna- una ?Nota de Recisión de Contrato? de común acuerdo (fs. 402). Empero, la asesoría letrada de la Municipalidad de Coronel Suarez entendió improcedente la recisión de mutuo acuerdo (fs. 403), remarcando que se trataba de un contrato de plazo vencido y que solo el Intendente tenía facultades legales para arribar a ese tipo de convenios. Consecuentemente, se intimó a la contratista a culminar la obra (decreto 998/14 copiado en fs. 404). Ante el silencio de la aquí accionada, se decretó la recisión del contrato de obra pública por culpa exclusiva de la contratista aplicándose las multas correspondientes (decreto 2094/14, fs. 416). La decisión fue notificada a E.T.S.A. que negó su responsabilidad mediante CD ... pero no recurrió la decisión administrativa. Requerida Cosena para responder en los términos de la póliza, solicitó la entrega de toda la documentación relativa al contrato incumplido y una nueva intimación a la defensa. La Municipalidad dictó el decreto 677/15 (fs. 434) intimando a la contratista a abonar \$64.100, bajo apercibimiento de ejecutar el seguro de caución (ver fs. 436). Nuevamente la apelante negó su responsabilidad -mediante CD ...- alegando la ?recisión de mutuo acuerdo? ya referida. En tal contexto la aseguradora tuvo por correctamente configurado el siniestro en los términos del art. 6 de las condiciones generales de la póliza, que establece: ?Una vez firme la resolución dictada dentro del ámbito interno del Asegurado que establezca la responsabilidad del Tomador por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, el Asegurado tendrá derecho a exigir al Asegurador el pago pertinente, luego de haber resultado infructuosa la intimación extrajudicial de pago hecha por aquel, no siendo necesaria otra interpelación ni acción previa contra sus bienes? (fs. 29vta., reservada en sobre n° 25876/2015 que en este acto tengo a la vista). Según la CSJN subordinar el cobro de la garantía a la previa declaración judicial de validez de ?la resolución dictada dentro del ámbito interno del ente estatal asegurado, que establezca la responsabilidad del participante o adjudicatario por el incumplimiento de las obligaciones a su cargo?, desnaturalizaría la finalidad del seguro de caución (CSJN in re ?Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios c/ Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/ proceso de conocimiento? del 11-12-2014).

2.3. Ergo no puede sostenerse que Cosena ?pagó mal? -con independencia del derecho que pueda asistir a E.T.S.A. contra el Municipio- pues estaba jurídicamente obligada a satisfacer la garantía prometida. Asimismo el efectivo pago fue corroborado por la inobservada pericia contable de fs. 448/449 y es obvio que el asegurador tiene la facultad subrogarse en los derechos del asegurado de conformidad con el art. 80 de LS y de la cláusula 7, segundo párrafo, de las condiciones generales de la póliza (fs. 29vta.).

3. La queja relativa a la supuesta recisión bilateral del contrato de obra pública tampoco puede ser acogida. Obsérvese que la Municipalidad de Coronel Suarez no fue citada al juicio; circunstancia que impide contrastar su relato con las explicaciones de la apelante, particularmente, en lo referente a la firma de la ?Nota de Recisión de Contrato? de fs. 402. Lo anterior no impide señalar que es cuanto menos irregular que el contrato de obra pública celebrado mediante licitación y adjudicado por decreto municipal, pueda ser dejado sin efecto por una nota simple suscripta por el Secretario de Obras Públicas. Además, ante la intimación de la administración para que el contratista continuara con el cumplimiento de la obra encomendada -donde se expusieron las razones que hacían inatendible la recisión de mutuo acuerdo que habría sido acordada por el secretario- la defensa guardó silencio. Es evidente que si le asistía razón, aplicando un mínimo de diligencia la defendida debería haber justificado su tesis ante la Municipalidad. No lo hizo y ello derivó en la posterior declaración de recisión del contrato por culpa exclusiva del contratista, mediante decreto 2094/14. Tampoco consta en el expediente -ni fue alegado por el quejoso- la interposición de ningún recurso contra los actos de la administración individualizados. Ello a pesar que conforme el art. 3 de la Solicitud de Seguro

de Caucción (fs. 43/44) E.T.S.A. debía ?deducir cuantos recursos autoricen las leyes de la materia, hasta dejar completamente agotada la vía administrativa?. Los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad. Ello exime -en principio- al Estado de demostrar en cada caso, la veracidad de los hechos en los que se asientan sus decisiones, así como la validez de las conclusiones extraídas de ellos siendo el interesado quién debe alegar y probar su nulidad en juicio (CSJN in re ?Romero S.A. S/ Apelación? del 8-02-2005). La conclusión no varía si la ilegitimidad de los actos administrativos se pretende oponer -como en el caso- a un tercero que actuó de conformidad con ellos. Además, el contratista que en garantía de la ejecución de un contrato tomó un seguro de caución, debe reintegrar a la aseguradora las sumas que ésta sufragó por la rescisión. No puede alegar que el incumplimiento se originó en la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato de obra pública rescindido pues en tal caso, el único remedio legal era demandar la resolución con fundamento en lo dispuesto por el CCIV 1198. La alegación es absolutamente ineficaz a fin de liberarse de su obligación frente a la aseguradora (CNCom, Sala E in re ?Acuario Cia. de Seguros SA c/ Desaci C.A.C.M. s/ ordinario? del 25-10-99).

4. Finalmente, tampoco se probó la alegada mayor onerosidad sobrevenida y la teoría de la imprevisión (artículo 1198, segundo párrafo, del Código Civil) exige la producción de un grave desequilibrio en las contraprestaciones sobrevenido por efecto de acontecimientos imprevisibles y extraordinarios posteriores al contrato. Por lo demás si bien el instituto de la imprevisión se aplica en el área del derecho mercantil, en este ámbito debe hacerse con particular cuidado en cuando a comerciantes se refiere. Ello porque el ordenamiento jurídico que regula su actividad tiene particularmente en cuenta su profesionalidad, en ellos cabe suponer aptitudes y capacidades mínimas en el manejo y administración de los negocios, de las que usualmente carece el hombre común (CNCom, esta Sala in re ?Wing Guard S.A. c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ ordinario? del 30-06-2009). Estas particularidades tienden a medir cuidadosamente la posibilidad de que un comerciante pueda ser víctima de una imprevisión, en los términos de esa norma (CNCom., esta Sala in re ?Quetzal Electrónica S.A.C. c/ I.B.M. Arg. S.A.?, del 24-5-84; íd, íd, ?Turimar S.A. s/ concurso c/ Banco Río de La Plata S.A. s/ incidente de revisión?, del 28-8-85; íd, íd, ?Establecimiento Frutícola Sede S.R.L. c/ Coto C.I.C.S.A.?, del 19-7-02). Pero aun soslayando ese principio -que por supuesto admite excepciones- en el sub lite no se aportó ningún elemento convictivo que justifique admitir la tesis de la defensa. Las simples alegaciones de las partes son inidóneas para producir convicción sobre los hechos que invocan, pues la carga de la prueba no es una distribución del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo. Consecuentemente, no supone ningún derecho del adversario sino un imperativo de cada litigante (cnfr. CNCom, esta Sala, in re: ?Nannis, Gonzalo María c. Caniggia, Claudio Paul s/ ordinario?, del 14/2/2005; entre otros). Sintetizando, quien no prueba lo que debe acreditar, pierde el pleito. Y -reitero- ni se intentó probar que el aumento de la mano de obra y los materiales a la época del contrato hubieran producido el desequilibrio de las prestaciones; ni que el procedimiento de ajuste previsto en el pliego fuera insuficiente. Se rechaza la queja.

VIII. Si mi criterio es compartido por mis distinguidas colegas, propongo -por los fundamentos enunciados- rechazar el recurso de fs. 486 confirmando la sentencia en cuanto fue materia de agravio e imponer las costas de Alzada al accionado vencido (Cpr.: 68). He concluido. Por análogas razones las Dras. Ballerini y Díaz Cordero adhirieron a la conclusión propiciada por su distinguida colega. Con lo que terminó este Acuerdo que firmaron las Sras. Jueces de Cámara María L. Gómez Alonso de Díaz Cordero, Ana I. Piaggi, Matilde Ballerini. Es copia del original que corre a fs. 1387/94 del Libro de Acuerdos Comerciales. Sala B.

RUTH OVADIA SECRETARIA DE CÁMARA

Buenos Aires, 13 de septiembre de 2017.- Y VISTOS: Por los fundamentos del Acuerdo que precede se resuelve: rechazar el recurso de fs. 486 confirmando la sentencia en cuanto fue materia de agravio e imponer las costas de Alzada al accionado vencido (Cpr.: 68). Notifíquese por Secretaría conforme Acordadas N° 3/11 y 38/13 CSJN. Oportunamente, cúmplase con la publicación a la Dirección de Comunicación Pública de la CSJN, según lo dispuesto en el art. 4 de la Acordada n° 15/13 CSJN y devuélvase al Juzgado de origen.

MARÍA L. GÓMEZ ALONSO de DÍAZ CORDERO ANA I. PIAGGI MATILDE BALLERINI

020868E