



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2020 - Año del General Manuel Belgrano

Dictamen Jurídico

Número:

Referencia: EX-2020-11539082-APN-ONC#JGM

SEÑORA TITULAR DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES
DE LA SECRETARÍA DE INNOVACIÓN PÚBLICA
DE LA JEFATURA DE GABINETE DE MINISTROS:

Se solicita la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación, respecto de la validez de la Cláusula Veintiséis del proyecto de Pliego de Bases y Condiciones Particulares (en adelante, el *Pliego*), para la contratación del servicio de suministro de agua potable y provisión de *dispensers* de pie y de mesada frío/calor, por parte de las jurisdicciones y entidades comprendidas en el ámbito de aplicación del Decreto Delegado N.º 1023/01 (B.O. 16-8-01), a la luz de la doctrina sentada en los Dictámenes Nros. IF-2019-69913363-APN-PTN e IF-2020-07576220-APN-PTN.

- I -

**LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
PROYECTADOS**

1.1. En el proyecto de acto administrativo por el cual se propicia autorizar la convocatoria a una Licitación Pública Nacional de Etapa Única, se estipula, en el artículo 1.º, que se efectuará bajo la modalidad Acuerdo Marco, prevista en el artículo 25, inciso f) del Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, aprobado por el Decreto N.º 1030/16 (B.O. 16-9-16) –v. Orden 4-.

1.2. Por el artículo 2.º se aprueba el Pliego de Especificaciones Técnicas y de Bases y Condiciones Particulares que regirá el procedimiento de selección que se autoriza.

2.1. La Cláusula Veinticinco del Pliego dispone que el plazo de duración del Acuerdo Marco, será de un año a partir del día hábil siguiente a la fecha de notificación, con opción a prórroga por un plazo de hasta un año adicional.

2.2. Por su parte, la Cláusula Veintiséis, cuyo contenido es materia de consulta, determina que

El/los adjudicatario/s podrá/n solicitar a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, en forma cuatrimestral, la renegociación de los precios adjudicados, cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual. La solicitud deberá instrumentarse mediante el Sistema Electrónico de Contrataciones de la Administración Nacional, "COMPR.AR" (...) Junto con la misma se deberá acompañar la documentación e información suficiente y necesaria que funde y acredite su petición de renegociar el precio, cuantificando y explicando la variación de cada uno de los componentes del precio, desde la fecha de la adjudicación y/o última mejora de precios y/o último período habilitado para presentar solicitud de renegociación contractual, hasta la del pedido de renegociación de que se trate. De resultar el acto administrativo favorable a la renegociación solicitada, los nuevos precios serán difundidos para conocimiento de todas las jurisdicciones y entidades contratantes, continuando vigente la difusión de los precios adjudicados inicialmente si la petición fuera rechazada.

- II -

INTERVENCIÓN DEL SERVICIO PREOPINANTE. OPINIÓN DE LA OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES

1. La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Jefatura de Gabinete de Ministros efectuó un control de legalidad genérico del proceso licitatorio y no encontró *...óbice legal que formular a la prosecución del trámite...* en ciernes (v. orden 9).

2. Por su parte, en la nota dirigida a este Organismo Asesor requiriendo su opinión, la Titular de la Oficina Nacional de Contrataciones de la Jefatura de Gabinete de Ministros se inclinó por la validez de la Cláusula Veintiséis del Pliego *...en tanto se incardina en la lógica de la renegociación de precios adjudicados a causa de desequilibrios sobrevivientes, ajenos las partes, que afecten de un modo decisivo el equilibrio contractual...* (v. orden 14).

Seguidamente, apuntó que dicha conclusión no se veía afectada por el hecho de que en la especie no se trate de una renegociación de contratos que no están perfeccionados, en sentido estricto *...sino de la renegociación de precios adjudicados en un procedimiento sustanciado bajo la modalidad de acuerdo marco...*

Para ello, tuvo en consideración la doctrina sentada por esta Casa en el Dictamen N.º IF-2019-69913363-APN-PTN, del 6 de agosto de 2019, en el que -según sostuvo- no se objetó la validez de una cláusula de renegociación contractual análoga a la que aquí se somete a consideración; y el temperamento que se desprende del Dictamen de esta Procuración del Tesoro de la Nación N.º IF-2020-07576220-APN-PTN, del 3 de febrero de 2020, en el que se concluyó sobre la vigencia del plexo normativo del cual deriva la prohibición de introducir mecanismos indexatorios en los Pliegos de Bases y Condiciones Particulares.

Cabe señalar que, para llevar a cabo el análisis que demandará el trámite de renegociación de la contratación aquí en examen, esa Oficina Nacional de Contrataciones informó que diseñó una metodología basada en estas pautas:

1) Para que la renegociación de los precios oportunamente adjudicados proceda resultará necesario que se haya afectado de modo decisivo el denominado "equilibrio contractual", por una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la adjudicación, sobrevinida por causas

ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada. La metodología utilizada por esta Oficina para determinar tal extremo se basa en la aplicación de índices oficiales que reflejan las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de las estructuras de costos presentadas por el proveedor para cada uno de los bienes y/o servicios que conforman la contratación.

II) Este Órgano Rector relaciona cada ítem de la estructura de costos acompañada por el proveedor con el índice más representativo calculado y publicado por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS (INDEC); considerando para el caso de moneda extranjera, la cotización oficial del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA. Para efectuar el cálculo de la renegociación, se toma el último índice oficial publicado; salvo el caso de la variación del "Tipo de Cambio Vendedor ARS/USD" en tanto se cuenta con el dato puntual del día del mes que corresponda. (v. orden 14, en especial pág. 6).

- III -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

1. Teniendo en cuenta que no se han aportado nuevos elementos de juicio posteriores a los dictámenes de esta Procuración del Tesoro, que pudieran producir una alteración, modificación o agregado al conjunto de los presupuestos de hecho y de derecho sobre los que se han asentado sus conclusiones, no se justificaría un nuevo pronunciamiento por parte de este Organismo Asesor (v. Dictámenes 222:7; 225:206 y 240:343).

Ello por cuanto los dictámenes que son citados por el Órgano Rector son claros en sus contenidos e *...importan un pronunciamiento definitivo no sujeto a debate o posterior revisión, salvo que concurran nuevas circunstancias de hecho o el contexto legal tenido en cuenta haya sufrido modificaciones, todo ello, con la suficiente relevancia como para determinar la reconsideración de la opinión emitida* (Dictámenes 160:42 y 209:290).

Tampoco corresponde que esta Casa entre en debate con relación a los criterios que ha sustentado; pues sus opiniones no tienen sino la fuerza persuasiva que dimana de sus fundamentos y sus opiniones no son vinculantes para el organismo llamado a decidir el que puede hacerlo de un modo diferente al sugerido por esta Procuración del Tesoro, valorando de otro modo los hechos del caso o el derecho aplicable (v. Dictámenes 232:193, entre otros).

No obstante lo señalado, me expediré a título de colaboración.

2. Corresponde recordar que el artículo 13 del Régimen de Contrataciones de la Administración pública Nacional, entre las facultades y obligaciones de los co-contratantes, menciona en su inciso a) *El derecho a la recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles, de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo.*

En forma consecuente con dicha norma general, el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N.º 1030/16 prevé el derecho a solicitar la renegociación de los precios adjudicados de los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios, condicionado a que ***circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual*** (el resaltado no es del original).

2.1. Por su parte el artículo 55 del ANEXO I a la Disposición de la Oficina Nacional de

Contrataciones N.º E 63/2016 (B.O. 29-09-16) que aprueba el Pliego Único de Bases y Condiciones establece que *En los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios se podrá solicitar la renegociación de los precios adjudicados cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual* (el destaque me pertenece).

2.2. En ese orden de ideas es que estimo improcedente la inclusión de una cláusula de renegociación de los precios adjudicados como la contenida en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares aplicable a la Licitación Pública Nacional de Etapa Única en trámite, puesto que tal previsión supone un apartamiento de la normativa aplicable y aun del Pliego de Bases y Condiciones Generales aprobado por esa propia Oficina.

2.3. Ahondando en el análisis, entiendo que la Cláusula Veintiséis del Pliego proyectado, sumada a la metodología a aplicar ante cada solicitud de renegociación solicitada por los contratistas, según informa esa Oficina (v. orden 14, en especial pág. 6), desvirtúa la esencia misma de la teoría de la imprevisión.

En efecto, esta última es el medio que el Derecho proporciona para que ante circunstancias *extraordinarias o anormales e imprevisibles*, es decir, posteriores a la celebración del contrato y que alteran su ecuación económico-financiera, el contratista pueda solicitar la ayuda pecuniaria de la Administración (v. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 3.ª edición, Tomo III-A, pág. 501).

Se trata de un paliativo frente al álea *anormal*, también llamada álea *económica* que pueda sufrir el particular pero que solo puede dar lugar a un resarcimiento *parcial*, por cuanto, como bien lo ha dicho la doctrina de manera conteste, *la regla básica es que la recomposición presupone que las partes deben compartir el desequilibrio de las prestaciones porque el hecho o acontecimiento extraordinario no es imputable a ninguna de éstas; no se trata de una compensación integral, sino de una ayuda que posibilita distribuir ese álea económica entre ambas*. (v. MARIENHOFF, Miguel S., ob. cit., págs. 542-545, BERCAITZ, Miguel A., *Teoría General de los Contratos Administrativos*, Depalma, Buenos Aires, 2.ª edición, 1980, págs. 450 y sigtes.; EMILI, Eduardo, *El equilibrio contractual* en FARRANDO, Ismael (Director), *Contratos Administrativos*, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1.ª edición, 2002, pág. 623; CASSAGNE, Juan C., *Curso de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 10.ª edición, Tomo II, pág. 471; BALBÍN, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2.ª edición, 2015, Tomo IV, pág. 808).

Como tiene dicho nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, para que proceda la renegociación *...resulta imprescindible que las distorsiones provengan de hechos sobrevinientes e imprevisibles y que éstas sean, además, significativas, es decir, que posean una especial importancia...*" (Fallos, 313: 376 *Dulcamara S.A. c/ ENTEL s/cobro de pesos*; en sentido similar, Fallos 316:729, 319:1681 y 321:2473).

La factibilidad de abrir una instancia renegociadora en forma cuatrimestral, sumada a que tales solicitudes se resolverían en base a una metodología *...que se basa en la aplicación de índices oficiales que reflejan las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de las estructuras de costos presentadas por el proveedor para cada uno de los bienes y/o servicios que conforman la contratación* (v. orden 14), resulta conceptualmente extraña a la recomposición del contrato basada en circunstancias externas y sobrevinientes que afecten su ecuación económico-financiera y aparece cercana a la instrumentación encubierta de mecanismos indexatorios

prohibidos por el artículo 10 de la Ley N.º 23.928 (B.O. 28-3-91) y sus modificaciones.

2.4. Adicionalmente, no puede soslayarse que el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional, aprobado por el Decreto N.º 1023/16, y su reglamentación, prevén el derecho del contratista a solicitar la recomposición de los precios adjudicados frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, cada vez que ello acontezca durante la vigencia del contrato y sin sujeción a plazos predeterminados ni a metodologías de cálculo específicas, sino en base al espíritu del *sacrificio* compartido; esto último, a la luz de los principios en los que se sustenta el instituto de la teoría de la imprevisión.

3. En este orden de ideas, esta Procuración del Tesoro realizó una diferenciación entre: a) el reconocimiento de *mayores costos*, situación legalmente vedada en los contratos de la índole del que aquí nos ocupa, a diferencia de lo que acontece en los contratos de *obra pública en los que rige un sistema de redeterminación de precios* (v. Decreto N.º 691/2016, B.O. 19-5-16); y b) lo que se debe entender por *renegociación del contrato*; sosteniendo que el reconocimiento de mayores costos se verifica como un mecanismo introducido en los contratos con plazos extensos, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas externas a las partes (v. Dictámenes 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

Así, en dichos asesoramientos se interpretó que *la aplicación de fórmulas de mayores costos de ningún modo implica una renegociación del contrato sino, por el contrario, la aplicación estricta de un mecanismo de revisión contractual previsto pautado con anterioridad.*

En cambio, consideró que *la renegociación contractual es la introducción de cambios definitivos en el contrato de larga duración por las partes que lo celebraron y sobre la esencia de las prestaciones que fueron motivo de dicho convenio, y siempre que se verifiquen circunstancias externas sobrevinientes que hayan afectado de modo decisivo el equilibrio contractual.*

3.1. En este entendimiento, la estipulación por parte de la Administración de cláusulas por medio de las cuales se incorporan *ab initio* en los pliegos particulares mecanismos que permiten la actualización de precios -más allá de la designación que se les asigne-, se encuentra prohibida por el artículo 4.º de la Ley N.º 25.561 (B.O. 7-1-02) que modificó, los artículos 7.º y 10 de la Ley N.º 23.928 y así se concluyó en el reciente Dictamen de esta Casa N.º IF-2020-07576220-APN-PTN.

4. Finalmente, *la renegociación resulta jurídicamente viable tanto si se trata de un contrato administrativo perfeccionado como si se refiere al reajuste de los precios adjudicados en un procedimiento bajo la modalidad acuerdo marco, ya que, tanto en uno como en otro, está presente, a tenor de la normativa en juego, la garantía reconocida al contratista frente a posibles desequilibrios, sin que ello implique excluir el riesgo empresario, ni asegurar al co-contratante un nivel de rentabilidad predeterminado, o convertir al Estado en garante de malos negocios.*

Así lo entendió este Organismo Asesor al sostener que *...quien contrata con el Estado tiene cierta capacidad y experiencia para los negocios y, por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir, entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo*

empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc. (Dictámenes 278:133).

- IV -
CONCLUSIÓN

Por las razones expuestas considero improcedente la introducción en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares para la contratación del servicio de suministro de agua potable y provisión de *dispensers* de pie y de mesada frío/calor, de la Cláusula Veintiséis en los términos en los que ha sido proyectada, complementada con la metodología de cálculo prevista por la Oficina Nacional de Contrataciones para resolver las solicitudes de renegociación; esta última, explicitada en el Informe obrante en orden N° 14 (en especial pág. 6).

Ello, toda vez que tal solución supondría la introducción indirecta de un mecanismo indexatorio, vedado por la Ley N.° 23.928.

En suma, y tal como lo expuse *supra*, 2.4. la solución ante las eventuales solicitudes de renegociación, fundadas en desequilibrios externos y sobrevinientes que pudieran afectar la ecuación económico-financiera, se encuentra prevista en el Reglamento de Contrataciones de la Administración Pública Nacional (Decreto N.° 1023/01). De esa norma y de la doctrina que la informa, surge que, de acreditarse la ruptura en el equilibrio entre las prestaciones, el afectado podrá ser compensado por la Administración sólo en forma *parcial*, con sustento en el espíritu del *sacrificio compartido*, que impera en las contrataciones administrativas ante acontecimientos ajenos a las partes que introduzcan un *álea anormal* durante la ejecución del contrato.