



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

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-49968395- -APN-DGD#MTR – CONTRATACIÓN DE UN SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO DE FLOTA AUTOMOTOR – CONSULTA SOBRE RENEGOCIACIÓN DE CONTRATOS Y/O SOBRE LA POSIBILIDAD DE INCLUIR CLÁUSULAS DE ACTUALIZACIÓN DE PRECIOS EN LOS PLIEGOS.

SEÑOR/A DIRECTOR/A:

Me dirijo a usted con relación al expediente de la referencia, remitido a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES por la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE.

-I-

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el orden 6, páginas 1-2, luce vinculada la Providencia N° PV-2019-51909856-APN-SSCA#MTR, de fecha 3 de junio de 2019, por cuyo intermedio la COORDINACIÓN OPERATIVA de la SUBSECRETARÍA DE COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE TRANSPORTE instó el inicio de un procedimiento de selección tendiente a contratar un servicio de mantenimiento preventivo para la flota automotor de la aludida jurisdicción, integrada por CINCUENTA Y SIETE (57) vehículos oficiales, ello: “...*Con el fin de preservar correctamente dichos bienes, y cumplir con las disposiciones vigentes en materia de tránsito y seguridad vial (...) para evitar el deterioro de los mismos (y el desgaste normal por su uso regular).*”.

En el orden 14 obra la Nota de la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y RACIONALIZACIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE N° NO-2019-65611697-APN-DSGYREF#MTR, de fecha 19 de julio de 2019, oportunidad en la cual la unidad requirente del servicio puso de resalto lo siguiente: “... *habiendo tomado conocimiento de que los concesionarios automotrices actualmente proceden a actualizar los precios de sus servicios de forma TRIMESTRAL, se consulta de qué forma podrían instrumentarse dichas variaciones de precios en las Especificaciones Técnicas...*”.

En el orden 16 se advierte incorporada la Nota N° NO-2019-67795197-APN-DCBYS#MTR, de fecha 26 de julio de 2019, por cuyo conducto la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO

DE TRANSPORTE trasladó a este Órgano Rector la problemática que a continuación se transcribe, para mejor ilustrar: “...luego de realizar un relevamiento del mercado relativo al servicio a contratar, la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y RACIONALIZACIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS constató que los concesionarios automotrices actualizan los precios de todos sus servicios, incluido el mantenimiento preventivo, como mínimo, en forma trimestral (...) si bien la Reglamentación actual aprobada por el Decreto N° 1030/16 en su artículo N° 96 prevé la figura de la renegociación entre otras circunstancias accidentales, del mismo artículo se desprende que la misma se utilizaría “cuando circunstancias externas y sobrevinientes afecten de modo decisivo el equilibrio contractual”. En cambio, en este caso se trataría de una característica propia del mercado involucrado, impuesta por las mismas concesionarias, por lo cual no resultaría externa, sobreviniente, ni imprevisible, sino que forma parte del funcionamiento habitual de dicho mercado...”.

En respuesta a dicho requerimiento, se solicitó oportunamente al organismo de origen acompañar, en forma previa, el dictamen del servicio permanente de asesoramiento jurídico de esa jurisdicción (v. NO-2019-68702529-APN-ONC#JGM, de fecha 31 de julio de 2019, vinculada en el orden 17).

En función de esto último, mediante Providencia N° PV-2019-69430676-APN-DCBYS#MTR, de fecha 2 de agosto de 2019, la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE solicitó el pronunciamiento del servicio permanente de asesoramiento jurídico de esa cartera, a fin de que se expida: “...respecto de los lineamientos que podrían incluirse en la documentación licitatoria del servicio de mantenimiento preventivo de la flota automotor oficial de este Ministerio, considerando las características de dicho mercado...” (v. orden 18).

En el orden 25, páginas 1-3, tomó nuevamente intervención la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y RACIONALIZACIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE mediante Providencia N° PV-2019-93995739-APN-DSGYREF#MTR, de fecha 17 de octubre de 2019, donde la unidad requirente brindó aclaraciones adicionales. A saber: “...la contratación deberá encuadrarse bajo la modalidad Orden de Compra Abierta, motiva la misma la imposibilidad de contar con la suficiente precisión para la determinación de las cantidades de servicios requeridos, pudiendo los mismos variar durante el transcurso del contrato, siendo el periodo de vigencia de DOCE (12) meses, con opción a prórroga por igual periodo o fracción menor...”.

En el orden 28, páginas 1-2, se encuentra incorporada la Providencia de la DIRECCIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA JURÍDICA del MINISTERIO DE TRANSPORTE N° PV-2019-108985911-APN-DATJ#MTR, de fecha 9 de diciembre de 2019, en cuyo marco la referida instancia letrada efectuó las siguientes consideraciones: “...este órgano asesor comparte el criterio de la Dirección de Contratación de Bienes y Servicios en cuanto a que no sería aplicable el artículo 96 del Decreto N° 1030 del 15 de septiembre de 2016, toda vez que la actualización de los precios mencionados forma parte del funcionamiento habitual de dicho mercado (orden 16).

Asimismo, entiende que tampoco podría resultar aplicable la teoría de la imprevisión (cfr. artículo 1091 del Código Comercial y Comercial de la Nación) en atención a que no habría una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato.

Finalmente, cabe destacar que la Ley de Convertibilidad N° 23.928 establece que [e]l deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley.// Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto (artículo 7°)...”.

Finalmente, en el orden 32, páginas 1-2, luce vinculada la Providencia N° PV-2019-109639578-APN-DCBYS#MTR, de fecha 11 de diciembre de 2019, por la cual la DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS del MINISTERIO DE TRANSPORTE solicitó nuevamente la intervención de esta Oficina.

-II-

OBJETO DE CONSULTA

Ingresan los presentes actuados a fin de que esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES brinde los lineamientos a tener presente para la elaboración de la documentación licitatoria del servicio de mantenimiento preventivo para la flota automotor del MINISTERIO DE TRANSPORTE “...considerando la dinámica del mercado en cuestión según lo informado por la DIRECCIÓN DE SERVICIOS GENERALES Y RACIONALIZACIÓN DE ESPACIOS FÍSICOS respecto de las listas de precios de las concesionarias...” (v. PV-2019-109639578-APN-DCBYS#MTR).

-III-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN.

a) Alcances de la presente intervención.

A título introductorio, merece recordarse que Oficina Nacional no posee entre sus atribuciones funciones de contralor o auditoría, conforme fuera expresado en los Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16, IF-2016-02153221-APNONC#MM, IF-2016-02153248-APN-ONC#MM, IF-2016-04540789-APN-ONC#MM, IF-2017-12972534-APN-ONC#MM, IF-2017-05245541-APN-ONC#MM, IF-2018-16944776-APN-ONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APN-ONC#JGM e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre muchos otros).

Téngase presente, asimismo, que tanto las cuestiones fácticas, técnicas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas resultan ajenas al alcance del presente asesoramiento (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 896/12, 1006/12, 74/14, 453/14 e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre otros).

b) Pautas para la renegociación.

Aclarado lo anterior y para una mejor elucidación del asunto, deviene útil transcribir las normas que resultan de aplicación al caso bajo examen.

Así, en materia de renegociación, el artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16 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.*”.

En sentido concordante, el artículo 55 del pliego de bases y condiciones generales aprobado por Disposición ONC N° 63/16, estipula lo siguiente: “*RENEGOCIACIÓN. 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.*”.

Pues bien, resulta menester distinguir -ante todo- entre 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 y un supuesto distinto, que es el que se configura a partir de la renegociación de un contrato perfeccionado y en etapa de ejecución, a raíz de circunstancias sobrevinientes, ajenas a las partes, que han afectado de modo decisivo el equilibrio contractual.

Respecto de esto último, esta Oficina tiene dicho que la renegociación de un contrato administrativo es una garantía que asiste al administrado frente a desequilibrios externos y sobrevinientes que afecten de un modo decisivo la equivalencia de las prestaciones. En ese marco conceptual, para que la referida renegociación proceda debe tratarse, en principio, de un contrato de servicios o suministro de cumplimiento sucesivo y verse afectado el equilibrio contractual, por una alteración de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por el cocontratante estatal (v. Dictámenes ONC Nros. IF-2019-68548975-APN-ONC#JGM e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre otros).

Siendo ello así, no es posible soslayar que al tomar intervención la DIRECCIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA JURÍDICA del MINISTERIO DE TRANSPORTE, compartió el criterio propiciado por la Unidad Operativa de Contrataciones (UOC), en cuanto a que la actualización trimestral de los precios de los servicios que prestan los concesionarios automotrices -advertida por la unidad requirente- formaría parte del funcionamiento habitual de dicho mercado, con lo cual no sería susceptible de encuadrar en el concepto de “acontecimiento extraordinario y/o imprevisible” propio de la teoría de la imprevisión, como así tampoco podría encuadrarse –en opinión de las instancias mencionadas– en los supuestos del artículo 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16.

Téngase presente, sin embargo, que la normativa vigente habilita la renegociación contractual frente a circunstancias externas y sobrevinientes que afecten de modo decisivo el equilibrio contractual, aunque las mismas no sean extraordinarias ni imprevisibles.

c) Imposibilidad jurídica de incluir cláusulas de actualización de precios en los pliegos de bases y condiciones particulares.

En otro orden de cosas, la asesoría letrada preopinante recordó que a través de la Ley de Convertibilidad N° 23.928, modificada por su similar N° 25.561, se prohibió toda forma de indexación, variación o cualquier tipo de repotenciación de deudas.

Pues bien, con respecto a la prohibición de indexar, esta Oficina Nacional ha sostenido invariablemente en numerosas oportunidades –siguiendo los dictámenes de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN– que la estipulación en los pliegos particulares de cláusulas por medio de las cuales se incorporen *ab initio* mecanismos que permitan la actualización de precios, se encuentra vedada (v. Dictámenes ONC Nros. 996/12, 1048/12, 1051/12, 205/13, IF-2019-03867563-APN-ONC#JGM e IF-2019-107807091-APN-ONC#JGM, entre muchos otros y Dictámenes PTN 246:559, 566, 573 y 278:133, entre otros).

Impedimento que, valga recordar, no viene dado por el plexo normativo que está llamado a interpretar este Órgano Rector –Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01, junto con sus normas modificatorias y complementarias–, sino por las normas que se han dictado en materia de emergencia pública y reforma del régimen cambiario; específicamente por lo dispuesto en el artículo 4° de la Ley N° 25.561, modificatorio de los artículos 7° y 10 de la Ley N° 23.928 y lo previsto en el artículo 5° del Decreto N° 214/02 (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 227/07, 531/09, N° 552/10, N° 996/12, N° 1048/12, N° 1049/12, N° 1050/12, N° 1051/12, N° 176/13, 205/13, 36/14, 286/15, entre otros).

En ese orden de ideas, se sostuvo: “...ninguna duda cabe que la Ley de Convertibilidad y sus similares

modificatorias y complementarias pusieron fin a los sistemas de reconocimiento de mayores costos y a las fórmulas polinómicas de ajustes de precio, así como también a cualquier otra clase de mecanismo de actualización de precios análogo a los mencionados (...).

De tal manera, la inclusión de mecanismos de esa naturaleza en los pliegos de bases y condiciones particulares no resulta compatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse (Conf. Dictamen ONC N° 286/15).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Chiara Diaz" (fallos: 329:385) afirmó que la aplicación de cláusulas de actualización monetaria "significaría traicionar el objetivo anti-inflacionario que se proponen alcanzar las leyes federales mencionadas (leyes 23.928 y 25.561) mediante la prohibición genérica de la 'indexación', medida de política económica cuyo acierto no compete a esta Corte evaluar" (considerando 10°).

En sentido concordante se pronunció la PROCURACIÓN GENERAL de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES, al considerar que: "...Tanto la Ley N° 23.928 (Convertibilidad) como la Ley N° 25.561 (Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario) son de orden público, razón por la cual sus disposiciones no pueden ser modificadas por la voluntad de los contratantes. Las precitadas leyes federales, a través de la prohibición de indexar, persiguen un objetivo antiinflacionario (con cita del fallo de la CSJN "Massolo", sentencia del 14/07/2010) (...).

La prohibición de indexación constituye una medida de política económica con la que se procura evitar que el alza de los precios relativos correspondientes a cada uno de los sectores de la economía, al reflejarse de manera inmediata en el índice general utilizado al mismo tiempo como referencia para reajustar los precios y salarios de cada uno de los demás sectores, contribuya de manera inercial a acelerar las alzas generalizadas de precios (CSJN, Fallos 329:385) y a crear desconfianza en la moneda nacional..." (v. Dictamen N° IF-2013-04188857-PG, del 4 de septiembre de 2013. EX N° 3614819-2013).

Resulta claro que, más allá de los precedentes de esta Casa traídos previamente a colación, la imposibilidad de incluir en los pliegos particulares cláusulas que conlleven mecanismos indexatorios no es inherente al ámbito competencial de esta Oficina, sino que, como ha sido puesto de relieve en su momento: "...la prohibición de indexar exorbita el bloque normativo de las contrataciones públicas..." (v. Dictamen ONC N° IF-2017-02684423-APN-ONC#MM).

Teniendo en consideración esto último, se requirió opinión a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN, con respecto a si se encuentra vigente el plexo normativo del cual deriva la prohibición de introducir mecanismos indexatorios en los pliegos particulares, tales como -por ejemplo- la utilización de un índice de referencia para que el valor pactado inicialmente se vaya actualizando en forma automática, conforme evoluciona dicho indicador, obteniendo por resultado el reajuste automático del contrato. Motivó dicha consulta la importancia de contar con un precedente actual, de interés general para toda la Administración, que dé certidumbre en la materia.

En virtud de ello, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL emitió el Dictamen N° IF-2020-07576220-APN-PTN, de fecha 3 de febrero de 2020, oportunidad en la cual concluyó: "...las cláusulas por medio de las cuales se incorporan ab initio en los pliegos particulares mecanismos que permitan la actualización de precios ... resultan inaplicables y deben considerarse como no escritas, tal como sostuvo este Organismo Asesor en Dictámenes MIV N.° 153/00, N.° 329/00 y N.° 426/00. Esta doctrina, aplicada en contratos de concesión de obra, se hizo extensiva a los supuestos de contrataciones de suministros, como la que trata estas actuaciones (v.

Dictámenes 278:133, entre otros)...”.

Más aún, en relación con el caso concreto que aquí nos ocupa la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN dictaminó categóricamente que: “...la actualización de los precios en forma trimestral de los servicios que prestan los concesionarios, es un dispositivo que resulta incompatible con la normativa vigente, a la que el régimen de contrataciones del sector público necesariamente debe adecuarse (...).

A tenor de lo establecido por la Ley N.º 23.928, modificada por la Ley N.º 25.561, no corresponde la inclusión de cláusulas de actualización de precios en forma trimestral en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, destinados a regir la contratación del servicio de mantenimiento preventivo para los vehículos que integran la flota del parque automotor del Ministerio de Transporte...” (el subrayado no corresponde al original).

-IV-

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido desarrolladas en los literales b) y c) del Acápito III del presente pronunciamiento, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Habiendo tomado la intervención correspondiente, se remiten en devolución los presentes actuados, a sus efectos.

Saludo a usted atentamente.

A LA

DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN DE BIENES Y SERVICIOS

DEL MINISTERIO DE TRANSPORTE.

S. _____ / _____ D.