



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2019-48585377- -APN-P#FADEA – CONTRATOS INTERADMINISTRATIVOS – RENEGOCIACIÓN - COMPENSACIÓN DE DEUDAS – FAA – FAdeA. - Acta Acuerdo de Cierre

SEÑOR SUBSECRETARIO:

Me dirijo a usted en el marco del expediente electrónico de la referencia, que ingresa para que esta Oficina Nacional tome intervención, remitido por la SUBSECRETARÍA LEGAL Y DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL del MINISTERIO DE DEFENSA.

I

RESEÑA DE ANTECEDENTES

En el presente acápite se reseñarán -sucintamente- los principales antecedentes de las actuaciones giradas en consulta.

En el orden 2, páginas 1-2, luce vinculada la Nota N° NO-2019-48572757-APN-P#FADEA, de fecha 23 de mayo de 2019, en cuyo marco el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA) solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERA AÉREA (FAA): “...la instrumentación del cierre acordado entre FAdeA y FAA del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia 1° enero 2018- Diciembre de 2018, EX-2017-30424957-APN-DGM#FAA aprobados por DA-2018-85-APN-JGM...”.

A mayor abundamiento, el titular de FAdeA expresó que: “...con el objeto de negociar dicho cierre, con fecha 28 de diciembre de 2018, se prorrogó el Contrato por un plazo de hasta CIENTO CINCUENTA (150) días corridos, a contar desde el día 01 de Enero de 2019, prórroga que se tramitó mediante Expediente EX-2018-67776546-APN-DGM#FAA.

Que en el transcurso de las negociaciones FAdeA planteó la necesidad de solicitar la redeterminación del precio de los materiales valuados en moneda extranjera y del valor de las horas hombre afectadas a la ejecución del Contrato. El motivo de dicha solicitud es la existencia de circunstancias imprevisibles al momento de la firma del Contrato, como la variación sustancial del tipo de cambio durante 2018, y el incremento en costos salariales y de funcionamiento durante el plazo de ejecución del contrato que afectaron su ecuación económica –financiera, alterando las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...”.

Finalmente, indicó que: “...*habiendo arribado a un acuerdo entre ambas partes, envió adjunta la propuesta de Acta en los términos convenidos, incluida la redeterminación planteada.*”.

Cabe destacar, al respecto, que como archivos embebidos a dicha nota se acompañaron los siguientes documentos: I) Archivo word –sin firma– titulado: “Informe técnico contable de la redeterminación de costos de materiales valuados en moneda extranjera y del valor de las horas hombre afectados a la ejecución del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina.”, en el que se refleja que la prestación a cargo de FAdeA se habría tornado más onerosa por el incremento en el costo de insumos importados y/o valuados en moneda extranjera, siendo la diferencia entre el costo de la provisión neta de materiales a valor de contrato, versus el costo de la provisión neta a valor vigente en fecha de facturación de PESOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UNO CON 83/100 (\$ 95.403.931,83), monto que surge de las consideraciones vertidas en el Anexo I. Asimismo, se señala que el costo de la hora hombre para FAdeA ha sufrido un sensible incremento por encima de las previsiones contractuales, llevando la tasa horaria de los PESOS UN MIL OCHOCIENTOS (\$ 1.800,00) considerados contractualmente a PESOS DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (\$ 2.954,00) en el mes de Diciembre de 2018. Esto habría significado un costo adicional para FAdeA de PESOS SETENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIEZ CON 30/100 (\$ 77.092.810,30), conforme se explicita en el Anexo II. Se destaca, que ambos Anexos son acompañados en planillas Excel sin firma; II) Anexos I, II, III, IV, V y VI los cuales consisten en planillas de cálculo elaboradas en un documento “Excel” –sin firma–; III) Archivo word –sin firma– titulado: “ANEXO VII - CONTRATO DE COMPLETAMIENTO”, en cuyo marco se indica que existen obligaciones a compensar entre FAdeA y la FAA en los siguientes términos: “...*Las Partes manifiestan que al existir obligaciones a compensar entre sí en relación a los siguientes tres contratos: Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia 1° enero 2018- Diciembre de 2018 (EX2017-30424957-APN-DGM#FAA aprobados por DA – 2018 -185-APN-JGM); Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la Fuerza Aérea Argentina con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 (EX-2017-06656885- APN-DGM#FAA, aprobado por DA- 2017- 604-APN-JGM) y Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo Grob para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia periodo 2018 (EX2018-06806693-APN-DGM#FAA, aprobado por RESOL-2018-344-APN-MD, las Partes han decidido compensarlas entre sí...*” conforme los guarismos y en los términos allí proyectados; IV) Archivo word –sin firma– titulado: “Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia 1° de enero de 2018 a diciembre de 2018.”.

En los órdenes 3 (IF-2019-48592043-APN-P#FADEA) y 4 (IF-2019-48593508-APN-P#FADEA) luce digitalizada diversa documentación complementaria de respaldo, respecto del Acta de cierre del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la FUERZA AÉREA ARGENTINA (Anexos II y IV respectivamente).

En el orden 8, páginas 1-7 obra un informe económico-financiero, emitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE MATERIAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA con fecha 27 de mayo de 2019 (IF2019-49398427-APN-DGM#FAA), del cual se desprende que existirían obligaciones a compensar entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y FAdeA, con relación a TRES (3) contratos, conforme el siguiente detalle: 1) Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia 1° enero 2018- Diciembre de 2018; 2) Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la Fuerza Aérea Argentina con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 y 3) Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo Grob para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia período 2018.

Asimismo, del citado informe surge que el procedimiento de cálculo de la deuda remanente en cada uno de los contratos se basa en una situación de Imprevisión expuesta por FAdeA, debido a la cual indica que se podrían justificar los siguientes factores: incremento en el costo de materiales, incremento en el costo de

mano de obra y materiales provistos no previstos.

En razón de ello se concluye que: *“...el monto total resultante de la compensación de las sumas adeudadas entre la FAA y FAdeA en virtud de las obligaciones pendientes derivadas de los Contratos analizados, es de SETENTA Y SEIS MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE CON 42/00 (\$ 76.131.569,42) y es a favor de FAA...”*.

En el orden 9, páginas 1-6, obra un proyecto denominado “Acta Acuerdo de Cierre de Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina” (IF-2019-49431681-APN-DGM#FAA), a ser suscripto entre la JEFATURA del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y la PRESIDENCIA de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA), *ad referéndum* de su posterior ratificación por parte del señor Jefe de Gabinete de Ministros.

Mediante la firma del citado documento se propició, en lo sustancial, identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes entre las partes, como así también proceder a la compensación de distintos rubros.

En el orden 10, páginas 1-4, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE MATERIAL de la FUERZA AÉREA ARGENTINA N° IF-2019-49719621-APN-DGM#FAA, de fecha 27 de mayo de 2019, instancia que opinó favorablemente respecto de la medida propiciada, recordando lo sostenido por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en cuanto a que: *“...los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre los organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado...”* y que: *“...El Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disposición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética...”* y que *“... Por efecto del principio de unidad de acción que guía al estado, las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración (Conf. Dictámenes 279:286)...”*.

En el orden 14, páginas 1-5, tomó intervención la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS de la FUERZA AÉREA mediante Dictamen N° IF-2019-50180612-APN-DGAJ#FAA, de fecha 29 de mayo de 2019, oportunidad en la cual concluyó que: *“..no existen impedimentos de índole legal para la suscripción del Acta mediante la cual se cierra el Contrato Interadministrativo para la ‘Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión’ entre la Fuerza Aérea Argentina y la Fábrica Argentina de Aviones ‘Brig. San Martín’ (FAdeA).”*.

En el orden 20, páginas 1-6, obra digitalizada el Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina (IF-2019-50990957-APN-DGM#FAA), firmada por el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. (FAdeA), con fecha 30 de mayo de 2019, indicándose expresamente que dicho acuerdo: *“...tiene validez desde su suscripción por ‘LAS PARTES’, independientemente de la ratificación posterior por el señor JEFE DE GABINETE DE MINISTROS...”*.

El aludido acuerdo entre FAA y FAdeA tiene por objeto *“...identificar y cuantificar el estado de las obligaciones pendientes de las PARTES, como así también proceder a la compensación de distintos rubros y su metodología”* (cláusula primera), acordándose al efecto que una vez ratificado el Acuerdo por el Jefe de Gabinete de Ministros, nada se adeudarán entre sí las partes (cláusula octava).

Finalmente, en el orden 26, páginas 1-9, obra el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA N° IF-2019-52951644-APN-DGAJ#MD, de fecha 6 de junio de 2019.

Luego de hacer un análisis pormenorizado de los antecedentes obrantes en las presentes actuaciones, la aludida instancia letrada efectuó una serie de observaciones de diversa índole, no obstante lo cual señaló que: “...por la complejidad de la cuestión, su carácter excepcional y la intención de no alcanzar un supuesto de conflicto interadministrativo, es opinión de este Servicio que debe consultarse a la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN y a la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES...”.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

Se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de evaluar la posibilidad de excepcionar el vínculo contractual de exigencias jurídicas tradicionales por tratarse de una relación interadministrativa.

-III-

ÁMBITO DE APLICACIÓN

En forma previa a efectuar un análisis del caso planteado, corresponde determinar si el mismo se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

Ello así, y en lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 2° del Decreto Delegado N° 1023/01, en tanto la FUERZA AÉREA ARGENTINA es un órgano desconcentrado del MINISTERIO DE DEFENSA, se encuentra incluida en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En cuanto hace al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable puntualizar que el Régimen de Contrataciones aprobado por el Decreto Delegado N° 1023/01 fue dictado con la finalidad de constituirse en la norma general regulatoria de los contratos celebrados por la Administración Pública que, conforme se desprende de su artículo 4° alcanza a los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, y a todos aquellos contratos no excluidos expresamente. A su vez, el artículo 5° del mentado cuerpo legal enumera los contratos excluidos.

Así, teniendo en consideración que en este caso se trata prestaciones que involucran el completamiento de aeronaves, la provisión de estaciones de planificación de misión, la prestación de horas de vuelo y la prestación de diversos servicios aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA y, asimismo, que no surgen de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dichos contratos se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

-IV-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN PLANTEADA

a) Aclaraciones previas en cuanto al contexto fáctico a considerar.

Sin ánimo de sobreabundar en detalles, resulta de singular relevancia ordenar cronológicamente los principales sucesos que se desprenden de los expedientes individualizados como EX-2017-06656885- -APN-DGM#FAA, EX-2017-30424957- -APN-DGM#FAA, EX-2018-06806693- -APN-DGM#FAA, EX-2018-67776546- -APN-DGM#FAA y EX-2019-48585377- -APN-P#FADEA, haciendo hincapié en determinados hitos que contribuyen a una mejor comprensión de la plataforma fáctica que aquí se ventila.

Pues bien, con fecha 9 de agosto de 2017 se emitió la Decisión Administrativa N° DA-2017-604-APN-

JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos (CONVE-2017-12816783-APN-SECCTYPD#MD) y sus SEIS (6) Anexos I (IF-2017-12813924-APNSECCTYPD#MD), II (IF-2017-12815666-APN-SECCTYPD#MD), III (IF-2017-12816195-APNSECCTYPD#MD), IV (IF-2017-12816451-APN-SECCTYPD#MD), V (IF-2017-12816604-APNSECCTYPD#MD) y VI (IF-2017-12816676-APN-SECCTYPD#MD), revistiendo los Anexos I y II carácter de SECRETO MILITAR, suscripto con fecha 25 de abril de 2017, entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA) cuyo objeto es la Prestación de Servicios Aeronáuticos, por un monto total de PESOS UN MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS (\$ 1.587.683.582.-), correspondiente al período 2017- Diciembre de 2018.

Con fecha 23 de febrero de 2018 se emitió la Decisión Administrativa N° DA-2018-185-APN-JGM, mediante la cual se aprobó el Contrato Interadministrativo para la certificación de configuración PAMPA III, el completamiento de aeronaves PAMPA III, la provisión por parte de FAdeA a FAA de las mismas y la provisión de estaciones de planificación de misión (IF 2017-33047441-APN-SEMG#FAA) y sus OCHO (8) Anexos, ANEXO I (IF-2017-33047838-APN-SEMG#FAA), ANEXO II (IF-2017-33048123-APNSEMG#FAA), ANEXO III (IF-2017-33048461-APN-SEMG#FAA), ANEXO IV (IF-2017-33048755-APN-SEMG#FAA), ANEXO V (IF-2017-33049041-APN-SEMG#FAA), ANEXO VI (IF-2017-33049234-APN-SEMG#FAA), ANEXO VII (IF-2017-33049521-APN-SEMG#FAA) y ANEXO VIII (IF-2017-33049824-APN-SEMG#FAA), revistiendo los ANEXOS I, II y III carácter RESERVADO, suscripto con fecha 14 de diciembre de 2017 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SEISCIENTOS DOCE MILLONES CIENTO VEINTIOCHO MIL NOVECIENTOS SETENTA (\$ 612.128.970), correspondiente al período 2018.

Por último, con fecha 18 de abril de 2018 se emitió la Resolución del MINISTERIO DE DEFENSA N° RESOL-2018-344-APN-MD, por cuyo conducto se aprobó el Contrato Interadministrativo para la Prestación de Servicios de Horas de Vuelo GROB G120-TP (IF-2018-09678217-APN-DGM#FAA) y sus TRES (3) Anexos, I (IF-2018-09654662-APN-DGM#FAA), II (IF-2018-09655133-APN-DGM#FAA) Y III (IF-2018-0965514-APNDGM#FAA), suscripto con fecha 5 de Marzo de 2018 entre la FUERZA AÉREA ARGENTINA y la FÁBRICA ARGENTINA DE AVIONES “BRIG. SAN MARTÍN” S.A. (FAdeA), por un monto total de PESOS SESENTA MILLONES (\$ 60.000.000,00.-), correspondiente al período 2018.

Luego, mediante Nota N° NO-2018-67252353-APN-P#FADEA, de fecha 21 de diciembre de 2018, el Presidente de FAdeA solicitó al ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA la renegociación del Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos entre la Fuerza Aérea Argentina (FAA) y Fábrica Argentina de Aviones suscripto con fecha 25 de abril de 2017; del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III suscripto con fecha 14 de Diciembre de 2017 y del Contrato de Prestación de Servicios de Horas de Vuelo Grob suscripto con fecha 05 de Marzo de 2018.

En ese orden de ideas, el Presidente de FAdeA expuso: “...debido a los acontecimientos producidos en la economía argentina durante el periodo de vigencia de los mencionados contratos, resulta necesario realizar una revisión de los valores de las prestaciones acordadas, prestadas y pagadas por las Partes (...) la revisión de los valores erogados se solicita en atención a que se ha modificado de modo decisivo el equilibrio contractual, las fluctuaciones producidas en la economía argentina durante el periodo de vigencia de los Contratos hicieron que se configure un acontecimiento imprevisible para las Partes, que quiebra el equilibrio de las prestaciones y torna imposible la total ejecución de los Contratos citados en los términos pactados por las partes al momento de la celebración de los mismos, en la medida que los materiales de carácter aeronáutico, deben en su mayoría ser adquiridos necesariamente en el exterior.

Debo hacer mención asimismo, que los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación específica entre organismos del Estado, por lo que en el marco de dicha relación, se

deben considerar en el momento de la modificación de un contrato interadministrativo los criterios de coordinación, colaboración y unidad de acción del Estado que rigen las relaciones interadministrativas, por sobre las prerrogativas que hacen a la supremacía estatal y que serían aplicables en el caso de una contratación con una persona del derecho privado...”.

Cabe advertir, sin embargo, que el presente expediente se inicia con la Nota N° NO-2019-48572757-APN-P#FADEA, de fecha 23 de mayo de 2019, por la cual el Presidente de FAdeA solicitó al Jefe del Estado Mayor General de la FUERZA AÉREA ARGENTINA la instrumentación del “cierre” del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la FUERZA AÉREA ARGENTINA, con vigencia 1° de enero de 2018 al 31 de diciembre de 2018, presuntamente prorrogado por CIENTO CINCUENTA (150) días corridos cumplidos el 30 de mayo del corriente.

A raíz de ello, con fecha 30 de mayo de 2019, el Jefe del ESTADO MAYOR GENERAL DE LA FUERZA AÉREA ARGENTINA y el Presidente de la Fábrica Argentina de Aviones Brig. San Martín S.A. suscribieron un documento intitulado “Acta Acuerdo de Cierre del Contrato Interadministrativo de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión para la Fuerza Aérea Argentina” (IF-2019-50990957-APN-DGM#FAA).

Cabe destacar que en los considerandos de dicho documento se puso de relieve lo siguiente: “...Que con fecha 14 de diciembre de 2017 se celebró el Contrato Interadministrativo entre la FAA y FAdeA, con vigencia 1 de Enero 2018 – 31 de Diciembre 2018, denominado Completamiento y Provisión de Aeronaves IA-63 Pampa III y de Estaciones de Planificación de Misión.

Que el objeto de éste contrato es de interés público y utilidad nacional, ya que está vinculado a la logística para la defensa y seguridad de la República el mantenimiento de la capacidad operacional de las Fuerzas Armadas a fin de garantizar la protección del territorio nacional.

Que por razones de diferimiento en tiempo de aprobaciones contractuales y / o percepción de montos previstos asignados, FAdeA se vio imposibilitada de comprar en forma inmediata el material necesario para la ejecución de los trabajos planificados, lo que impactó sensiblemente en el cronograma de entregas previsto, debido a los extensos ciclos de entrega de los proveedores en materia aeronáutica.

Que asimismo por tratarse de un contrato interadministrativo, si bien el valor de los contratos en la industria aeronáutica se considera en dólares debido a que el 85% de los costos están basados en dicha moneda, se fijaron los precios en pesos para horas hombre y materiales para los diferentes Bienes / Servicios, con bases fijadas estadísticamente en relación a Contratos anteriores y bajo las premisas de una Tasa Horaria de \$1800 y un Tipo de Cambio para adquisición de materiales de 1 U\$D = 18 \$ (Pesos dieciocho).

Que el primer cobro correspondiente al Anticipo fue percibido por FAdeA el 13 de abril de 2018, con un Tipo de Cambio 1 U\$D = 20,2 \$, (Pesos veinte con 20 ctvs.) fecha en la cual recién se pudo comenzar con la gestión de pago de materiales necesarios para la prestación de los servicios.

Que según lo mencionado en el párrafo anterior, dado que el primer pago fue percibido el 13/04/2018, el mismo no representó en los hechos un Anticipo, dado que FAdeA debió absorber el costo del personal y otros costos industriales desde la fecha de entrada en vigencia del contrato con su propio capital de trabajo.

Que a partir de Abril de 2018, la divisa norteamericana (moneda de referencia para el pago de la mayoría de los materiales) comenzó una escalada en su valor durante la vigencia del Contrato, que alcanzó el 28 de Diciembre 2018 un Tipo de Cambio 1 U\$D = 37,70 \$ (Pesos treinta y siete con setenta ctvs.).

Que en virtud de circunstancias imprevisibles al momento de la firma del Contrato, como la variación sustancial del tipo de cambio durante 2018, las PARTES manifiestan que la ejecución de estos contratos se

ha visto afectada en su ecuación económica –financiera en mayor o en menor medida para cada una de estas, alterando las circunstancias existentes al tiempo de su celebración...”.

Consecuentemente, en relación con el Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión, las partes reconocieron de común acuerdo: 1) Que queda un remanente en concepto de devolución de anticipo no efectivizado de PESOS CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS CINCO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO (\$ 193.305.334,00.-) que representa un crédito en favor de la FAA; 2) Que a la fecha quedan pendientes de pago por parte de la FAA entregables y otros conceptos por la suma de PESOS QUINCE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS CON SETENTA CENTAVOS (\$ 15.589.752,70.-), que representa un crédito para FAdeA; 3) Que ha habido una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato, habiéndose visto FAdeA perjudicada por la situación descrita en la suma de PESOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS TREINTA Y UNO CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS (\$ 95.403.931,83); 4) Que la ejecución del contrato significó la provisión de materiales adicionales no previstos originalmente, lo que ha significado un desembolso adicional por parte de FAdeA de PESOS CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS SIETE CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (\$ 148.277.307,98); 5) Que el costo de la hora hombre para FAdeA ha sufrido un sensible incremento por encima de las previsiones contractuales, llevando la tasa horaria de los PESOS UN MIL OCHOCIENTOS (\$ 1.800,00) considerados a PESOS DOS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO (\$ 2.954,00), lo cual significó un costo adicional para FAdeA de PESOS SETENTA Y SIETE MILLONES NOVENTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS DIEZ CON TREINTA CENTAVOS (\$ 77.092.810,30); 6) Que el monto total resultante de la compensación de las sumas adeudadas entre la FAA y FAdeA en virtud de las obligaciones pendientes derivadas del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión es de PESOS CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO CON OCHENTA Y UN CENTAVOS (\$143.058.468,81) y es a favor de FAdeA; 7) Que existen obligaciones a compensar entre sí en relación a otros dos contratos, a saber: Contrato Interadministrativo de Prestación de Servicios Aeronáuticos para la Fuerza Aérea Argentina con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 (EX-2017-06656885- -APN-DGM#FAA) y Contrato Interadministrativo de Prestación de Horas de Vuelo Grob para la Fuerza Aérea Argentina, con vigencia periodo 2018 (EX-2018-06806693- -APN-DGM#FAA, aprobado por RESOL-2018-344-APN-MD).

Por lo expuesto las partes acordaron: 1) Que a partir de la celebración del acuerdo bajo análisis todas las obligaciones de FAA y FAdeA emergentes del Contrato de Completamiento y Provisión de Aeronaves Pampa III y Estaciones de Planificación de Misión se tendrán por cumplimentadas y ambas partes quedarán liberadas de cualquier obligación bajo cualquier concepto derivado o relacionado con el mismo –v. OCTAVO: DECLARACIÓN DE CIERRE–; 2) Que las obligaciones recíprocas emergentes de los contratos de completamiento y provisión de Aeronaves Pampa III y estaciones de planificación de misión, de prestación de servicios Aeronáuticos para la FUERZA AÉREA ARGENTINA con vigencia periodo 2017- diciembre de 2018 y de prestación de horas de vuelo Grob con vigencia periodo 2018 quedarán compensadas, manifestando que una vez ratificado por el señor Jefe de Gabinete de Ministros el acuerdo que aquí se ventila, nada se adeudarán entre si respecto a los mencionados contratos –v. OCTAVO: DECLARACIÓN DE CIERRE–.

A todo evento se deja asentado que el documento en cuestión hace referencia a diversos Anexos, los cuales no obran en las presentes actuaciones, extremo que ha imposibilitado su compulsa.

Ahora bien, con posterioridad a la suscripción de la aludida acta acuerdo, se expidió la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA mediante Dictamen N° IF-2019-52951644-APN-DGAJ#MD, de fecha 6 de junio de 2019, en cuyo marco señaló deficiencias formales, que se transcriben a continuación para mejor ilustrar: “...en virtud de los antecedentes del expediente, corresponde dejar sentado que las afirmaciones efectuadas por las partes respecto del estado de ejecución del contrato bajo análisis no están acompañadas de las constancias pertinentes.

Efectivamente, en la etapa de la ejecución de un contrato existen documentos específicos que operan como constancias del cumplimiento o incumplimiento de las prestaciones. Esto ocurre con los certificados firmados por la Comisión de Recepción y las facturas correspondientes así como las órdenes de pago.

Por otro lado, las circunstancias expresadas por ambas partes como causas de la ruptura de la ecuación económico-financiera del contrato -impacto de la variación imprevista del tipo de cambio en los materiales provistos, impacto de la inflación en el cálculo de la hora hombre- no se encuentran respaldadas por informes contables que den cuenta de: la diferencia entre la previsión originaria y previa al contrato de estos factores de variación y el porcentual de variación posterior e imprevisible.

Por último, en cuanto a los materiales provistos sin haber estado previstos en el contrato no se encuentra justificación en el expediente de la mecánica por la cual habilitaron las partes la incorporación de ellos en las prestaciones contractuales...”.

A renglón seguido la mencionada asesoría letrada abordó el análisis atinente a la modificación del precio contractual, el cálculo de las obligaciones pendientes y la compensación consensuada por las partes, resaltando en primera medida que el vínculo que une a las partes es de naturaleza contractual y, más precisamente, interadministrativo.

Desde esa atalaya, expresó: “...deben distinguirse dos pretensiones de la contratista. Por un lado, solicita la compensación de deudas y, por el otro, pide el reconocimiento de una variación en el valor de las prestaciones que cumplió.

No obstante, se destaca que la extinción de las obligaciones pendientes que requiere demanda determinar primero cuáles son tales obligaciones. Ello no puede más que hacerse sobre la base de la información relativa a los sucesos acontecidos durante la ejecución contractual: Determinar si hubo cumplimiento o incumplimiento por las partes y una vez establecido tal extremo, establecer cuáles serían los créditos y deudas pendientes.

Se observa que para que opere la extinción de obligaciones por vía de compensación es preciso que las partes revistan la calidad de acreedor y deudor recíprocamente y la extinción operará hasta el monto de la deuda menor desde el momento en que ambas obligaciones comenzaron a coexistir en condiciones de ser compensables.

Sin embargo, se advierte que la pretensión de la contratista es que la evaluación sobre la ejecución del contrato extinguido se haga una vez redeterminado el valor de las prestaciones que cumplió. Ello en función, alega, de las variaciones imprevistas que sufrió su ecuación económica atento al acontecimiento de la variación del tipo de cambio, que impactó, tanto en los materiales adquiridos –según afirma– en moneda dólar estadounidense, como en la cuantificación del valor hora.

No obstante, la pretensión antes descrita debió concretarse en el transcurso de la ejecución del contrato, destinada a hacer posible el cumplimiento total de las prestaciones. En efecto, se trataría de un supuesto que habría podido encuadrar bajo la teoría de la imprevisión (...).

La cuestión de la temporaneidad del reclamo por la recomposición de la ecuación económica financiera se justifica en la finalidad que ella persigue. Efectivamente, tradicionalmente, se ha sostenido que ella es un mecanismo destinado a hacer posible el cumplimiento del contrato, a evitar que se extinga o se haga imposible su cumplimiento por la incapacidad de la contratista de concretar las prestaciones a que se obligó (...) el pedido de reestructuración de la ecuación económica financiera se presenta en el caso durante la vigencia del contrato, aunque sin estar destinada a hacer posible el total cumplimiento de la prestación.

En cuanto a la distribución del sacrificio, no obran en el expediente constancias de una distribución equitativa entre las partes del impacto imprevisto que tuvo la variación en el tipo de cambio...”.

En apoyo de lo expresado, la mentada Dirección General trajo a colación –con riguroso detalle– las pautas y requisitos de procedencia de renegociaciones de contratos administrativos delineadas por esta Oficina en los Dictámenes ONC Nros. 205/13, 446/13 y 36/14 entre otros, aclarando, sin embargo, que: “...*Sin perjuicio del análisis efectuado, se advierte que nos encontramos ante una relación interadministrativa que se destaca por implicar una unidad institucional teleológica y ética (...) Con lo cual, las exigencias técnicas descriptas podrían morigerarse en pos de alcanzar una solución que satisfaga los intereses de ambas partes...*”.

Es decir, a los fines de la compensación propiciada y en cuanto aquí concierne, se pretende cuantificar las prestaciones cumplidas por FAdeA una vez renegociado –actualizado– el precio de las mismas y, a criterio del servicio jurídico preopinante, tal extremo junto a otras particularidades previamente descriptas, importarían un apartamiento de las pautas vertidas en dictámenes de este Órgano Rector.

Por tal razón, consulta a esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, si resulta procedente excepcionar el vínculo contractual de dichas exigencias jurídicas atento el carácter interadministrativo del mismo.

b) Alcances de la presente intervención.

Deviene imperioso delimitar en forma adecuada el alcance de la presente intervención, comenzando por recordar que la normativa vigente no contempla, dentro de las atribuciones de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, el ejercicio de funciones de contralor o auditoría (v. Dictámenes ONC Nros. 558/10, 611/10, 9/16, IF-2016-02153221-APN-ONC#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 e IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, entre muchos otros).

Asimismo, ha de tenerse presente que si bien la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES se encuentra facultada para asesorar y dictaminar en las cuestiones particulares que en materia de contrataciones públicas sometan las diversas jurisdicciones y entidades a su consideración, muy distinto es el ejercicio de un control de legalidad “genérico” sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección y/o respecto de aquellas vicisitudes susceptibles de acontecer durante la ejecución contractual, todo lo cual excede el umbral de análisis del Órgano Rector.

Sobre la base de lo que se viene de exponer, el ejercicio de un control de legalidad “genérico” sobre la totalidad del trámite de un determinado procedimiento de selección excedería el umbral de análisis del Órgano Rector, por cuanto se estarían supliendo funciones propias del servicio permanente de asesoramiento jurídico, de la autoridad con competencia para aprobarlo y/o de los organismos de contralor dotados de competencias específicas para dichos fines.

Por las razones apuntadas, la presente intervención se circunscribirá a la consulta efectuada por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en su Dictamen N° IF-2019-52951644-APN-DGAJ#MD, de fecha 6 de junio de 2019, procurando no ingresar en temáticas ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector.

c) Análisis de la renegociación contractual en el marco de una relación interadministrativa.

Aclarado lo anterior, no resulta ocioso recordar, a modo de introducción a la temática que nos convoca, que en todo contrato administrativo –en sentido estricto– le asisten al Estado prerrogativas de poder público -v. artículo 12 del Decreto Delegado N° 1023/01) y, como contrapartida, existen garantías que el derecho público consagra en favor de los particulares (v. artículo 13 del Decreto Delegado N° 1023/01).

Teniendo en mente el llamado de la Administración a satisfacer el interés general, es que a la misma se le otorgan potestades exorbitantes para que, dentro de la esfera de sus atribuciones y en el marco de la contratación, se asegure el cumplimiento de sus funciones y por tanto, la satisfacción del bien de la comunidad.

De ahí que el régimen administrativo, en tanto derecho común de la Administración, contiene como rasgo típico una compleja gama de prerrogativas de poder público a disposición de la Administración y de garantías en favor de los administrados, todo lo cual conforma el denominado “régimen exorbitante del derecho privado” (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 266/07, 1048/12, 1049/12, 1050/12, 1051/12 y 205/13, entre otros).

El contenido del régimen exorbitante incluye, como se advirtiera, no sólo las potestades que reflejan el *imperium* estatal, sino también las garantías que el derecho público consagra en resguardo de los derechos de los particulares. Y esta ecuación o equilibrio entre las prerrogativas de la Administración y las garantías de los administrados es la base fundamental de la armonía y justicia del sistema administrativo (Cfr. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo II. 7º Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Págs. 16 a 18).

En suma, el régimen exorbitante se nutre de un conjunto de prerrogativas de poder público y de garantías en favor de los particulares, que se integran a través de una serie de principios (buena fe, razonabilidad, igualdad, transparencia, confianza legítima, esfuerzo compartido, etc.).

Ahora bien, tal como fuera sostenido por las instancias preopinantes (sin que haya sido objeto de discusión, por lo cual no será objeto de análisis), el presente asunto versa sobre contrataciones de carácter interadministrativo y, como tales, presentan notas particulares que difieren de la regulación típica que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional prevé respecto de los contratos administrativos *stricto sensu*.

Así las cosas y en contraste con lo anteriormente expuesto respecto de los contratos administrativos, la relación jurídica “inter-administrativa” es aquella que vincula a dos o más personas públicas estatales, ya se trate del Estado en sentido lato (Nación, Provincia o Ciudad Autónoma de Buenos Aires) o de cualquiera de las Personas Públicas Estatales que constituyen Entidades Descentralizadas, poseedoras de personalidad jurídica propia (v. Dictámenes PTN 234:645; 263:395; entre otros).

Sabido es que, en materia de contrataciones Interadministrativas, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN tiene dicho que: “...*lejos de tratarse de contratos entre particulares o entre la Administración Pública y particulares, los contratos interadministrativos se caracterizan por configurar un modo de vinculación jurídica específica entre organismos del propio Estado, y la relación jurídica así, por su carácter netamente interadministrativo, debe tener como finalidad la concreción de un fin público determinado y no el afán de lucro de una de las partes (conf. Dict. 263:395)...*” (v. Dictámenes PTN 279:286).

En efecto, el Estado Nacional y la Administración Pública, más allá de toda disquisición relativa a su organización administrativa y descentralización, sea orgánica o funcional, debe ser rigurosamente entendido como una unidad institucional teleológica y ética (v. Dictámenes 263:395).

Justamente, por efecto del principio de unidad de acción que guía al Estado “...*las relaciones que se entablan entre los organismos y entidades que integran la Administración son de coordinación y colaboración, razón por la cual en ellas se encuentran, en principio, ausentes los poderes jurídicos exorbitantes, propios en cambio de aquellas relaciones que se establecen entre el Estado y los particulares...*” (v. Dictámenes 252:209; entre otros) y que: “...*la característica de las relaciones interadministrativas se vincula con la necesidad de respetar la unidad de poder dentro de cada esfera de gobierno; por ello, virtualmente, se elimina todo enfrentamiento o controversia entre sujetos estatales por medio de la relativización de su personalidad y la inaplicabilidad de las prerrogativas de poder público. La ausencia de un régimen exorbitante y el principio de la unidad administrativa se erigen como las características preponderantes de tales relaciones...*” (el subrayado no corresponde al original) (v. Dictámenes PTN 279:286).

En esa misma línea argumental, el máximo organismo asesor del PODER EJECUTIVO NACIONAL ha

opinado que: “...las vinculaciones de carácter contractual entre organismos que integran la Administración se rigen por normas de Derecho Público administrativo, aunque su régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al carecer la Administración de las prerrogativas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo, en cambio, el principio de la cooperación y unidad de acción del Estado...” (el subrayado no corresponde al original) (v. Dictámenes PTN 279:286. En igual sentido Dictámenes 263:395).

A partir de lo expuesto es posible afirmar, sin hesitación, que en el marco de una relación interadministrativa la Administración carece de las prerrogativas que hacen a la supremacía estatal, propias del régimen exorbitante, prevaleciendo, en cambio, el principio de cooperación y unidad de acción del Estado (Cfr. Dictamen ONC N° 224/15).

Asimismo, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha puesto de relieve que la vinculación jurídica resultante de un contrato entre entidades públicas se encuentra regulada esencialmente por el instrumento específico suscripto por ellas (Cfr. Dictámenes PTN 263:395).

Habiendo llegado a este punto del análisis deviene pertinente destacar que las pautas referenciadas por la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DEFENSA en relación con los Dictámenes ONC Nros. 205/13, 446/13 y 36/14 –respecto de las cuales se consulta si es posible apartarse en el supuesto de marras–, resultan aplicables a las renegociaciones de contratos administrativos *stricto sensu*, no así a los contratos interadministrativos.

Ello en la medida en que, ante la ausencia de prerrogativas, las garantías que el ordenamiento prevé para resguardar a los administrados en sus relaciones asimétricas con el Estado se tornan inaplicables en las relaciones interadministrativas, en tanto carecen de razón de ser.

Como ya se dijo, las aludidas “potestades exorbitantes” se enmarcan en un contexto de desigualdad con respecto al co-contratante, extremo que –al menos formalmente– no se verifica en los contratos interadministrativos.

Ergo, si el vínculo interadministrativo implica dejar de lado el régimen exorbitante de la Administración en materia de prerrogativas, también corresponde que se dejen de lado las garantías. Dicho en otros términos: si no hay prerrogativas tampoco tiene sentido que existan garantías, con lo cual no hay “régimen exorbitante”.

Desde esa óptica la renegociación y/o recomposición del contrato no es otra cosa que una garantía que el ordenamiento jurídico prevé en favor del administrado, en tanto colaborador de la Administración en la satisfacción de un fin público y bajo determinados requisitos y límites que apunta, esencialmente, a reencauzar el contrato a su alea “normal”, recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar, pero cuidando de no anular el riesgo empresario que debe asumir el cocontratante ni convertir al Estado en garante de un nivel de ganancia asegurado frente a malos negocios (Cfr. Dictámenes PTN 298:159).

Por consiguiente, si las relaciones interadministrativas se caracterizan por la ausencia de un régimen exorbitante y la renegociación y/o recomposición del contrato es –ciertamente– una garantía, cabe colegir que los criterios hermenéuticos establecidos por esta Oficina en los Dictámenes ONC Nros. 205/13, 446/13 y 36/14 no resultan de aplicación a los contratos que aquí se analizan.

Asimismo, se entiende que no estaríamos frente a una renegociación de contratos en sentido estricto, sino que se trataría, en su caso, de un acuerdo tendiente a extinguir obligaciones mediante la compensación de débitos y créditos que las partes entienden recíprocos, residuales de los contratos oportunamente suscriptos.

Por todo lo expuesto, como parte de la dinámica propia de una relación interadministrativa, corresponde a las partes involucradas concertar una acción a seguir, propiciando el desempeño eficiente de la Administración y el logro de los resultados requeridos para alcanzar el interés público comprometido (v. Dictamen ONC N° 172/14, entre muchos otros).

En otro orden de cosas, va de suyo que determinados principios generales de raigambre constitucional, tales como los de razonabilidad y transparencia, resultan plenamente aplicables aún tratándose de relaciones interadministrativas, todo lo cual contribuye al control ciudadano como así también tiende a facilitar las tareas de los órganos con competencias específicas para ejercer el control de legalidad del procedimiento contractual, incluyendo su ejecución y extinción.

Previo a concluir queda por aclarar 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.

De ahí que no corresponda a esta Oficina emitir opinión acerca de la oportunidad, el mérito o la conveniencia del Acta Acuerdo de Cierre suscripta entre la FAA y FAdeA, en tanto atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, resorte exclusivo de las autoridades competentes y, por ende, ajenas al marco de incumbencia de este Órgano Rector.

-V-

CONCLUSIONES

Las conclusiones a las que ha arribado esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES han sido debidamente desarrolladas en el Acápite IV del presente Dictamen, sitio al que corresponde remitir en honor a la brevedad.

Saludo a usted atentamente

lcc

AL

SUBSECRETARIO LEGAL Y DE ARTICULACIÓN INSTITUCIONAL

DEL MINISTERIO DE DEFENSA

Dr. Juan Manuel MOCOROA

S. _____ / _____ D.