



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
1983/2023 - 40 AÑOS DE DEMOCRACIA

Dictamen firma conjunta

Número:

Referencia: EX-2023-132085726- -APN-DGDYD#MDTYH – MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT – LICITACIÓN PÚBLICA N° 502-0013-LPU22 - CONSULTA SOBRE RENEGOCIACIÓN DE LA ORDEN DE COMPRA N° 502-0014-OC23.

SEÑOR SUBSECRETARIO:

Me dirijo a usted en el marco del expediente electrónico de la referencia, que ingresa para que esta Oficina Nacional tome intervención, a fin de satisfacer el requerimiento efectuado por la SUBSECRETARÍA ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT.

-I-

ANTECEDENTES

En el orden 3, páginas 1-3, luce vinculada la Disposición de la SUBSECRETARÍA ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT N° DI-2022-2968-APN-SSA#MDTYH, de fecha 29 de diciembre de 2022, por cuyo conducto se autorizó la convocatoria a Licitación Pública de Etapa Única Nacional sin modalidad N° 502-0013-LPU22 –destinada a la contratación del servicio de limpieza y maestranza de la referida cartera ministerial– y, entre otros extremos, se aprobó el pliego de bases y condiciones particulares individualizado como PLIEG-2022-139689739-APN-DCYC#MDTYH (v. orden 2).

En el orden 4 obra un “certificado de visita” extendido por el organismo de origen el día 5 de enero de 2023, en favor de la firma IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL SRL, en el marco de la Licitación Pública N° 502-0013-LPU22 (v. IF-2023-03758527-APN-DIYS#MDTYH).

En el orden 5, páginas 1-2, se advierte incorporado el “Informe Técnico de Precios Testigo – Orden de Trabajo N° 00006/23, elaborado por la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN (SIGEN) en relación con el procedimiento licitatorio de que se trata (v. IF-2023-04748800-APN-DCYC#MDTYH).

Cabe destacar que la SIGEN, en su Orden de Trabajo N° 00006/23 de fecha 12 de enero de 2023, informó con carácter de precio testigo la suma mensual de PESOS OCHO MILLONES DOCE MIL SEISCIENTOS UNO (\$ 8.012.601,00) y total de PESOS NOVENTA Y SEIS MILLONES CIENTO CINCUENTA Y UN MIL

DOSCIENTOS DOCE (\$ 96.151.212,00). Al respecto, el referido organismo de contralor indicó, en su parte pertinente: “I.1 El presente informe se ha realizado de acuerdo a las condiciones previstas en el Pliego de Bases y Condiciones Generales y Particulares.

Los valores informados son a la fecha del informe, adecuándose al Convenio Colectivo de Trabajo 281/96 (S.O.M.), incluyendo la última escala salarial vigente con ámbito de aplicación en la Provincia de Buenos Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires, homologada por RESOL-2022-2331-APNST#MT en el EX-2022-120094789-APN-DGD#MT (Salarios a partir de ABRIL 2023), no contemplando hipótesis acerca de variaciones de salarios.

I.3 Los valores informados han sido formulados sobre la base de una empresa sujeta al pago de la totalidad de las contribuciones y cargas sociales normadas por la legislación vigente en la materia. En este sentido, la verificación del cumplimiento tanto de la provisión del personal estipulado según el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, así como de las obligaciones fiscales y previsionales por parte del Organismo requirente, reviste sustancial importancia a efectos que el precio contratado guarde correspondencia con la prestación determinada.

I.4 Los valores informados han sido formulados sobre la base de una empresa sujeta al pago de impuestos vigentes en la materia (IVA, Ingresos Brutos, Sellos y Seguridad e Higiene) (...).

I.7 Los valores informados no incluyen los rubros MATERIALES Y PRODUCTOS PARA REALIZAR LA LIMPIEZA, como así tampoco EQUIPOS Y MAQUINARIAS descriptos en el ANEXO 7 - DECLARACIÓN JURADA DE ESTRUCTURA DE COSTO que forma parte del Pliego de Bases y Condiciones Particulares.

I.8 Los precios informados incluyen IVA... ” (el subrayado corresponde al original).

En el orden 6, páginas 1-3, obra el acta de apertura, de la cual se desprende que el acto de apertura tuvo lugar el día 13 de enero de 2023 a las 9:00 hs, habiendo sido oportunamente confirmadas a través de la plataforma “COMPR.AR” SIETE (7) ofertas, conforme el siguiente detalle: 1) LYME S.A. (CUIT N° 30-63935839-5) (\$ 117.500.256,00); 2) IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL SRL (CUIT N° 30-71000438-9) (\$ 94.677.000,00); 3) SIMPLIA SA (CUIT N° 30-66167624-4) (\$ 114.549.600,00); 4) BIO-LIMP SOLUCIONES DE CALIDAD SA (CUIT N° 30-71503453-7) (\$ 111.130.656,00); 5) LINSER SACIS (CUIT N° 30-51989149-9) (\$ 118.104.000,00); 6) LA MANTOVANA DE SERVICIOS GENERALES S.A. (CUIT N° 30-69605181-6) (\$ 119.996.400,00) y 7) EMEVEVE S.A (CUIT N° 30-71216744-7) (\$ 108.801.600,00) (v. IF-2023-05122993-APN-DCYC#MDTYH).

En el orden 7, páginas 1-5, rola la Disposición de la SUBSECRETARÍA ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT N° DI-2023-600-APN-SSA#MDTYH, de fecha 29 de marzo de 2023, mediante la cual se aprobó lo actuado en el marco de la Licitación Pública N° 502-0013-LPU22 y, en cuanto aquí concierne, se adjudicó el renglón único a la firma IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. (CUIT 30-71000438-9), por un monto total de PESOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL (\$ 94.677.000,00).

En el orden 8, páginas 1-5, luce anexada la Orden de Compra N° 502-0014-OC23, emitida el 29 de marzo de 2023 en favor de la sociedad comercial IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL SRL por la suma total de PESOS NOVENTA Y CUATRO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE MIL (\$ 94.677.000,00) (v. DOCFI-2023-34706398-APN-DCYC#MDTYH).

En el orden 9, páginas 1-29, obra una presentación efectuada por la empresa IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL SRL, con sello de recepción correspondiente a la Mesa de Entradas del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT de fecha 31 de julio de 2023 (v. IF-2023-88302533-APN-DGDYD#MDTYH), por cuyo intermedio el cocontratante estatal solicitó la renegociación del precio del contrato en curso de ejecución, de conformidad con las líneas argumentales que *grosso modo* se transcriben a continuación, para mejor ilustrar:

- *“...Desde la presentación de la oferta sucedieron acontecimientos extraordinarios que inciden en forma directa en la base de la estructura de costos informada en la oferta, ya que, como se desprende de aquella en el servicio de limpieza, el componente mano de obra es el mayor porcentaje que incide en el total del precio ofertado...”*.
- *“a) En primer lugar, se firma Acta de Acuerdo Salarial 2023 EX-2023-46152683- -APN-DGD#MT S.O.M. – A.D.E.L. en la que se estipula un incremento salarial escalonado a partir de Mayo 2023 del 20% para los básicos conformados y vigentes con más un incremento del aporte especial empresario sobre la totalidad de las remuneraciones. b) En forma acumulativa, se produce la reapertura de paritarias firmándose el Acta de Acuerdo Salarial 2023 “S.O.M. – A.D.E.L., en la que se estipula un incremento salarial escalonado del 40%, a partir de Agosto 2023, para los básicos conformados y vigentes con más un incremento del aporte especial empresario sobre la totalidad de las remuneraciones...”*.
- *“...A los incrementos salariales referidos (...) debe añadirse el proceso exponencial de aumento de precios que afectaron -y siguen afectando- la adquisición de materiales, insumos, maquinarias, productos químicos, papel, combustible etc.”*.
- *“No menos relevante, a los fines de demostrar la notoria ruptura de la ecuación económica, resulta la situación de enorme imprevisibilidad e inestabilidad económica que genera la inflación, que en el último año ha superado el 100%, con una posible tendencia similar - o superior – para el próximo período. De modo que la transferencia a precios resulta absolutamente indicadora y probatoria de los aumentos (...) no puede desatenderse la tendencia en la reapertura de paritarias que se darán en los próximos bimestres y/o trimestres con el objeto de la recomposición salarial que alcance al avance de la inflación...”*.
- *“...Estos acontecimientos extraordinarios, razonablemente imprevistos para esta parte, han colocado en crisis la ecuación económica financiera del contrato que nos vincula, solicitando formalmente su renegociación...”*.

En consonancia con lo expuesto, el proveedor de que se trata acompañó copias de los acuerdos paritarios celebrados entre el Sindicato de Obreros de Maestranza (SOM) y la Asociación de Empresas de Limpieza (ADEL) durante los meses de abril y julio de 2023, junto con un análisis atinente a la variación de costos por él estimada, desde la fecha de apertura de la Licitación Pública N° 502-0013-LPU22 y con una proyección hasta el vencimiento de la Orden de Compra N° 502-0014-OC23, en el cual funda la procedencia de la renegociación de precios pretendida –como consecuencia de la alegada ruptura de la ecuación económico-financiera–, indicando finalmente que: *“...Allí podrán observarse los cortes en los períodos en donde la variación ha sido más significativa y su evolución, teniendo en cuenta la aplicación de los incrementos paritarios a los montos iniciales del ítem Mano de obra (...) y la aplicación de los índices de inflación (determinados por el Instituto Nacional de Estadística y Censos de la República Argentina) en los montos iniciales del resto de los conceptos de la estructura de costos (...) Esta presentación lejos está de resultar una pretensión de asegurarse una ganancia se constituye en un justificativo para reencarrilar el contrato a su ‘alea normal’, recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar...”*.

En el orden 11, páginas 1-2, luce incorporado el Informe N° IF-2023-128810890-APN-DGA#MDTYH, de fecha

30 de octubre de 2023, en el cual la COMISIÓN DE RECEPCIÓN interviniente puso de relieve que: “...las sumas pretendidas por la firma IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. implicarían un aumento de la totalidad de los rubros de su estructura de costos (Materiales, Equipos y Maquinarias, Mano de Obra Directa, Mano de Obra Indirecta, Gastos Generales, Impuestos y Beneficio), el cual constituye un gasto adicional para este Ministerio de PESOS SESENTA Y SEIS MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y DOS con 91/100 (\$66.253.692,91) por el contrato de prestación del servicio de limpieza y maestranza por DOCE (12) meses, representando un aumento porcentual del SESENTA Y NUEVE CON NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (69,98%) de los precios respecto de la estructura de costos originalmente consignada en la orden de compra N° 502-0014-OC23.”.

En el orden 13, páginas 1-6, luce el Dictamen de la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT N° IF-2023-131400389-APN-DGAJ#MDTYH, de fecha 3 de noviembre de 2023, oportunidad en la cual la aludida instancia letrada efectuó —en lo sustancial— las siguientes consideraciones: “...el tema traído en consulta consiste en determinar si es procedente la renegociación de precios requerida por la firma cocontratante en todos los rubros de la estructura de costos, en el marco de la Orden de Compra N° 502-0014-OC23 (...) cabe poner de resalto la doctrina de la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, órgano rector en la materia, que mediante el Dictamen ONC N° IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM del 27 de abril de 2020 se apartó del criterio vertido en anteriores pronunciamientos, en los que había interpretado que la normativa vigente habilitaba la renegociación contractual frente a circunstancias externas y sobrevinientes que afectaran de modo decisivo el equilibrio contractual aunque aquellas no fueran extraordinarias ni imprevisibles...”.

En ese orden de ideas, el aludido servicio permanente de asesoramiento jurídico recordó que: “...la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, ha delineado los recaudos o presupuestos que deben verificarse con el objeto de habilitar un procedimiento de renegociación contractual: 1) En primer lugar, el proveedor deberá acreditar el acaecimiento de circunstancias externas e imprevisibles, sobrevinientes a la celebración del contrato, que hayan alterado de modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que a tal fin considere necesarios, junto a una explicación circunstanciada de la afectación que aquellas pudieron haber tenido sobre las obligaciones que sobre él recaen; 2) La excesiva onerosidad de las prestaciones a cargo del proveedor deberá ser evaluada y merituada por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición; 3) En los casos en que el reclamo de recomposición se fundamente en aumentos salariales acordados por paritarias, el proveedor deberá acreditar, en primer lugar, que se encuentra alcanzado por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca, así como también que dicho convenio o nuevo acuerdo salarial provocó la alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de que se trate. Finalmente, deberá verificarse que el proveedor haya realizado efectivamente el pago de los conceptos salariales que alega para solicitar la recomposición del contrato y, en el supuesto de hacerse lugar al pedido de renegociación, aquella deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor realiza el reclamo, no en forma retroactiva (cfr. Dictamen ONC N° 36/2014)...”.

Como corolario de lo previamente expuesto, la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT concluyó: “...la firma IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL S.R.L. solicitó la recomposición de precios del contrato con fundamento en aumentos en los costos generales, y principalmente en incrementos salariales.

Desde esta perspectiva, este Servicio Jurídico comparte lo expuesto por la OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES y la PROCURACIÓN DEL TESORO en los precedentes antes expuestos, por lo que el cocontratante debió haber previsto los incrementos salariales y costos generales en la oferta, asumiendo el riesgo empresario, salvo cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, caso fortuito o fuerza mayor; debiendo acreditarse la ruptura del equilibrio entre las presentaciones (...).

Se recuerda que a todo oferente y contratista de la Administración se le exige un plus de diligencia por contratar con esta y contribuir así al bien común. Cuando es una empresa especializada, con experiencia y contratista habitual del Estado, se entiende que al formular su oferta tiene un deber diferenciado de una persona común, por lo cual debe contemplar los factores que inciden en la actividad que está ofreciendo brindar a la Administración y que pueden alterar su presupuesto, entre los que se encuentran aquellos relativos al alea económica.

Más aún, teniendo en cuenta que la fecha de perfeccionamiento de la Orden de Compra N° 502-0014-OC23 fue el 1° de abril de 2023 y la empresa cocontratante refiere a los acuerdos paritarios 2022-2023 del 12 de abril de 2023 y su reapertura 2023 del 6 de julio de 2023.

(...) Ahora bien, de considerarse que los montos de los aumentos salariales dispuestos por acuerdos paritarios que debió afrontar el co-contratante, pueda considerarse un hecho imprevisto, dado el contexto económico actual, que ha roto la ecuación económica financiera del contrato, corresponderá supeditarse a los lineamientos vertidos en el IF-2020-25420179-APN-PTN.

Por su parte, siendo que el reclamante expone para los restantes rubros un exponencial aumento de precios resultante de ‘la imprevisibilidad e inestabilidad económica’ que dice no ha podido prever, se sugiere la intervención de la Oficina Nacional de Compras a fin de que se expida sobre la viabilidad de habilitar la renegociación contractual en virtud de un quebranto de la ecuación económica financiera (que el área técnica debe verificar) motivada por un cambio en las condiciones económicas del mercado...”.

Finalmente, en el orden 21, páginas 1-2, luce vinculada la Nota N° NO-2023-133770894-APN-SSA#MDTYH, de fecha 9 de noviembre de 2023, por la cual la SUBSECRETARÍA ADMINISTRATIVA del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT solicita la opinión de este Órgano Rector.

-II-

OBJETO DE LA CONSULTA

A raíz de la solicitud de renegociación de precios de la Orden de Compra N° 502-0014-OC23, pretendida por la firma IMPECABLE LIMPIEZA INTEGRAL SRL (CUIT N° 30-71000438-9) en el marco de la Licitación Pública N° 502-0013-LPU22 del registro del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT, se requiere la intervención de esta OFICINA NACIONAL DE CONTRATACIONES, a fin de que se pronuncie con respecto a si la presunta afectación de la ecuación económica financiera del contrato de limpieza, que habría tenido lugar como consecuencia de “...un exponencial aumento de precios resultante de ‘la imprevisibilidad e inestabilidad económica’ (...) motivada por un cambio en las condiciones económicas del mercado...” habilita o no la renegociación contractual de los restantes rubros que integran la estructura de costos del cocontratante, más allá del componente mano de obra.

-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, cabe indicar que el MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT es una jurisdicción integrante de la Administración Central y, como tal, se encuentra incluido en el ámbito de aplicación subjetivo del citado Decreto.

En lo que respecta al ámbito de aplicación material u objetivo, es dable afirmar, en primer lugar, que el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional 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 surge 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 de la contratación de un servicio de limpieza y maestranza y, asimismo, que no surge de las actuaciones constancias que permitan inferir que se trata de algún supuesto de excepción, puede concluirse que dicho contrato se encuentra comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo del Decreto Delegado N° 1023/01.

En lo concerniente a la reglamentación aplicable, cabe señalar que en la medida en que la Licitación Pública N° N° 502-0013-LPU22 fue autorizada por Disposición N° DI-2022-2968-APN-SSA#MDTYH, de fecha 29 de diciembre de 2022, resulta de aplicación al caso el Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado por Decreto N°1030/16, el Manual de Procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 62/16 y el Pliego Único de Bases y Condiciones Generales aprobado como Anexo de la Disposición ONC N° 63/16, normas modificatorias y complementarias.

-IV-

ACLARACIONES PREVIAS

En forma liminar, ha de recordarse que este organismo no posee, entre sus atribuciones, 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-APNONC#MM, IF-2018-42841186-APN-ONC#MM, IF-2019-08248347-APN-ONC#JGM, IF-2019-64885570-APNONC#JGM, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, IF2021-53459233-APN-ONC#JGM, IF-2021-65214312-APN-ONC#JGM, IF-2021-90727398-APN-ONC#JGM, IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM, IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM, IF-2022-62700184-APNDNCBYS#JGM e IF-2022-102024300-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-00800401-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-12580846-APN-ONC#JGM e IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM, entre muchos otros).

Por otra parte, es menester destacar 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 (v. IF-2021-94756724-APN-ONC#JGM, IF-2022-08414085-APN-DNCBYS#JGM, IF-2022-102024300-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-00800401-APN-DNCBYS#JGM, IF-2023-12580846-APN-ONC#JGM e IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM).

Téngase presente, a su vez, que la función asesora de este Órgano Rector se circunscribe a los aspectos técnico-jurídicos y operativo-funcionales de la problemática sometida a su estudio.

En consecuencia, la intervención de esta Oficina se circunscribirá al objeto de la consulta delimitado en el Acápite II, procurando no ingresar en materias ajenas al ámbito competencial específico de este Órgano Rector, tales como las cuestiones fácticas, económico-financieras, presupuestarias y de oportunidad, mérito y conveniencia que pudieren encontrarse comprendidas (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 896/12, 1006/12, 74/14, 453/14, IF-2019-103913317-APN-ONC#JGM, IF-2023-98575982-APN-DNCBYS#JGM e IF-2023-128088514-APN-DNCBYS#JGM, entre otros).

-V-

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

a) *Recomposición del contrato con motivo de una excesiva onerosidad sobreviniente.*

En el contexto del Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional la recomposición del contrato con motivo de una excesiva onerosidad sobreviniente –que, conforme ciertas características, haya afectado de un modo decisivo la equivalencia de las prestaciones– se encuentra regulada como una garantía en favor del cocontratante, frente a la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias (v. artículos 13, inciso a) del Decreto Delegado N° 1023/01 y 96 del Reglamento aprobado por el Decreto N° 1030/16).

A su vez, interesa a la Administración –bajo ciertos recaudos y límites— reencarrilar el contrato, en pos del cumplimiento de los fines públicos comprometidos, extremo que guarda estrecha relación con el principio de continuidad del contrato administrativo.

En ese orden de ideas, la readecuación de precios no es estrictamente una “modificación del contrato”, en el sentido normalmente asignado a la *Potestas Variandi*, sino un instituto enderezado a preservar su ecuación económico-financiera, con miras a permitir la continuidad de las prestaciones.

Así se ha sostenido: “...*el restablecimiento de la ecuación económico financiera no pretende alterar o modificar la esencia del contrato, sino todo lo contrario, en función de que su objetivo reside en conservarlo y mantenerlo*” (v. FLORES, Álvaro Bautista. *Eficiencia de la contratación, mantenimiento de la ecuación económico-financiera y readecuación de precios*. Publicado en la Revista de Contrataciones Públicas de la Editorial IJ Editores, Número 2. Diciembre 2019. IJ-CMIX-439).

Luego, como bien ha señalado la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS del MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT, esta Oficina Nacional se ha pronunciado en el marco del Dictamen N° IF-2020-28154053-APN-ONC#JGM, de fecha 27 de abril de 2020, haciendo suya la postura delineada por la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN en el Dictamen N° IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13 de abril de 2020, a cuyos términos corresponde remitir –en líneas generales— a fin de evitar

reiteraciones ociosas.

Valga simplemente efectuar, a título de colaboración, algunas consideraciones específicas atinentes a la recomposición contractual por aplicación de la denominada “Teoría de la Imprevisión”.

b) Teoría de la Imprevisión.

Autorizada doctrina tiene dicho desde antaño que la teoría de la Imprevisión: “...es el medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias o anormales e imprevisibles –posteriores a la celebración del contrato—pero temporarias o transitorias, que alteran la ecuación económico-financiera de tal contrato, deteriorando dicha ecuación en perjuicio del cocontratante, éste pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder, así, cumplir o seguir cumpliendo el contrato. Desde luego, tales circunstancias han de ser ajenas a la voluntad del cocontratante...” (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A Contratos Administrativos. 4ta. Edición actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Págs. 501 y ss).

En cuanto concierne a esta Oficina Nacional, oportunamente se ha pronunciado en los siguientes términos: “...la llamada ‘teoría de la imprevisión’ puede, a partir de la acreditación de determinados presupuestos, convertirse en una herramienta esencial para continuar con el contrato, buscando repartir las consecuencias desfavorables que pudieran amenazar con la ruina del cocontratante del Estado.

De ello se desprende que dicha garantía apunta a la subsistencia del vínculo contractual, a partir de la recomposición del contrato (principio de conservación del contrato).

De allí que, en el ámbito del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, este instituto no constituye una causal de extinción de los contratos administrativos; sino que se limita a reencarrilar el contrato a su alea ‘normal’, recomponiendo la ecuación tenida en miras al contratar.

Justamente por ello, el contratista afectado debe cumplir las prestaciones a su cargo, y en su caso requerir el reconocimiento de una compensación que mitigue las pérdidas, y le permita continuar la ejecución del contrato (...) en su destacado voto en el fallo “Dulcamara S.A. c/ ENTEL” el ministro Fayt sostuvo: ‘La teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: pacta sunt servanda (...) no puede aceptarse que el Estado, a través del contrato, se convierta en garante de un determinado nivel de renta del contratista’ (Fallos 313:376 voto del juez Carlos S. Fayt)...” (Dictamen ONC N° IF-2016-03508851-APN-ONC#MM).

Pues bien, para que la aludida teoría resulte aplicable en un caso concreto, deberán acreditarse, conjunta y simultáneamente, los siguientes extremos:

I) La relación jurídica que une a las partes –Estado y cocontratante—debe consistir, en principio, en un contrato de servicios o un suministro de tracto sucesivo.

II) El hecho, circunstancia o acontecimiento, determinante del desequilibrio o quebrantamiento de la ecuación económico-financiera del contrato, que lesiona la esfera jurídica del cocontratante debe ser extraordinario o imprevisible. Es decir, que sale de lo común, según el curso normal y habitual de las cosas, bajo el estándar de diligencia de un buen hombre de negocios.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que en el campo de las contrataciones administrativas se les requiere a los proveedores y contratistas una diligencia especial y calificada; la magnitud de los intereses públicos en juego justifica esa exigencia.

No puede soslayarse 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 (Dictámenes PTN 278:133; 298:159).

Cabe colegir, desde esa óptica, que en determinados contextos la inflación, por caso, ingresa en los criterios normales de previsibilidad de los riesgos vinculados al contrato. Distinto es una súbita, extraordinaria e imprevisible acentuación de la curva inflacionaria.

En tal sentido se ha señalado que: “...*Es un hecho público y notorio que la inflación en nuestro país posee larga data y, por lo tanto, mientras la misma se desarrolle dentro de ciertos límites, no puede constituir un hecho de las características que exige la ley para hacer aplicable la teoría de la imprevisión...*”, no obstante lo cual: “...*la doctrina, tanto autoral como judicial, no ha vacilado en calificar los picos inflacionarios como hechos extraordinarios e imprevisibles...*” (v. MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos en dólares. Revisión judicial. Teoría de la imprevisión. Hiperinflación. Moneda extranjera*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1989. Págs. 54 y ss.).

Para períodos con picos inflacionarios, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ha afirmado que: “...*si bien, como principio, celebrado el contrato en épocas de inflación, el deterioro de los precios –o contraprestaciones– no puede considerarse imprevisible ni autoriza, en consecuencia, el juego de aquella norma, cuando de modo brusco y repentino, e inesperado, se altera la normal evolución de la curva inflacionaria, los hechos que trastornan sustancialmente la ecuación del contrato caen en el ámbito de la teoría de la imprevisión, cuyas soluciones se imponen para expurgar a ese convenio de la grave injusticia que las nuevas circunstancias han venido a comunicarle...*” (v. CSJN, Fallos, 304:919, in re: Vialco SA c. Agua y Energía, 29/06/1982).

III) A su vez, el acontecimiento debe ser externo, es decir, ajeno a la voluntad de las partes –no imputable a ninguna de ellas—y responder, a un alea de carácter económico ajeno al riesgo normal y propio del contrato.

Por consiguiente, la circunstancia en que se funde el reclamo no puede considerarse incluida en el denominado “riesgo empresario” que ha asumido el cocontratante, quien debe lidiar, a su cuenta y riesgo, con la aleatoriedad propia y ordinaria del tráfico económico.

IV) El acontecimiento perturbador debe surgir y producir efectos después de la celebración del contrato.

V) El cocontratante deberá acreditar que el acontecimiento en cuestión alteró de un modo decisivo el equilibrio contractual, tornando excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo. Se debe verificar un trastorno o quebranto en la ecuación económico-financiera del contrato con motivo de una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo del perfeccionamiento del contrato. De ahí que, entre el referido trastorno y el hecho o acto perturbador debe existir una íntima correlación.

En efecto, el proveedor deberá acreditar la excesiva onerosidad sobreviniente de las prestaciones a su cargo y que el quebranto excede el riesgo normal del contrato. Es decir, que es ajeno o bien que exorbita al alea económica propia de la actividad asumida por el cocontratante como hombre de negocios.

A tal fin deberá acompañar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que estime conducentes para mejor ilustrar el desequilibrio o quebranto en la ecuación económico financiera, junto a una explicación circunstanciada de la afectación sobre las obligaciones a su cargo, de tal suerte que quede adecuadamente acreditada la relación de causalidad entre el hecho perturbador y el desequilibrio del contrato.

VI) Finalmente, resta indicar que, al momento de presentarse el reclamo, el contrato debe hallarse vigente y en curso de ejecución.

El proveedor no puede supeditar el cumplimiento de las prestaciones a su cargo a la previa recomposición contractual, so pena de incurrir en responsabilidad. Ello así, a menos que el suceso ajeno al cocontratante impida definitivamente el cumplimiento del contrato, en cuyo caso deberá evaluarse si se encuentran cumplidos los presupuestos de procedencia de algunas de las eximentes de responsabilidad contempladas en la normativa vigente.

c) Recaudos procedimentales.

Llegados a este punto, si bien en la actualidad no se cuenta con un cauce procedimental formalmente establecido, va de suyo que la aplicación de la teoría de la imprevisión torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de los presupuestos del instituto, los cuales –en principio—deben ser acreditados por el interesado y verificados por el organismo.

Tan es así que, para que resulte procedente el análisis de la recomposición contractual pretendida por el proveedor, deviene indispensable –en primera medida—la presentación por parte del solicitante de una descripción del impacto producido por los acontecimientos que invoca, con la explicación circunstanciada de la afectación causada sobre las obligaciones a su cargo.

Concretamente, es menester que el interesado desagregue los componentes que conforman su estructura de costos y brinde una explicación circunstanciada de la incidencia del/los acontecimientos invocados en cada uno de los rubros que la conforman –sin contemplar el margen de beneficio--, de donde surja la afectación de la ecuación económico financiera.

A tal fin deberá arrimar la documentación pertinente y/u ofrecer los demás medios de prueba que considere necesarios, en pos de que sea posible constatar la relación de causalidad entre el hecho perturbador y el desequilibrio del contrato (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 1051/2012, 205/2013 e IF-2016-03065258-APN-ONC#MM, entre otros).

A partir del cumplimiento de dichos presupuestos, corresponderá a las áreas pertinentes del organismo girante determinar si los hechos alegados por el requirente provocaron o no una alteración grave en la economía del contrato.

En el presente caso, se requiere un informe técnico que evalúe si los alegados aumentos de precios de los insumos y del factor mano de obra han producido o no el quiebre de la ecuación económica financiera del contrato, tal como alega la firma de que se trata.

Los informes técnicos que se emitan al efecto merecerán plena fe, siempre que sean suficientemente serios, precisos y razonables y no adolezcan de arbitrariedad aparente y no aparezcan elementos de juicio que destruyan su valor (Cfr. Dictámenes PTN 207:343; 252:349; 253:167; 283:148).

Como es sabido, la consecuencia, en caso de acogerse favorablemente el planteo a la luz de la teoría de la imprevisión, es el derecho a una compensación en favor del proveedor que permita continuar el vínculo contractual. La reparación o compensación del afectado por el desequilibrio del contrato no tendrá carácter integral y tal limitación surge de que el acontecimiento perturbador no es imputable a las partes.

Se ha sostenido al respecto que: “...*La aplicación de la teoría de la imprevisión (...) no se traduce en una compensación integral, sino en una ayuda por la cual se distribuye el ‘alea económica’ entre ambos, sobre la base de que el contratista continúe la ejecución del contrato...*” (v. CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. 2da edición. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005. Págs. 139-140).

En esa misma línea, MARIENHOFF supo decir: “...*En cuanto a sus consecuencias (...) Si se aplica la ‘teoría de la imprevisión’, el cocontratante sólo tendrá derecho a una ‘ayuda’ estatal (resarcimiento ‘parcial’) (...) la teoría de la imprevisión sólo tiende a evitar o disminuir perjuicios, pero no tiende a asegurar ganancias o beneficios (...) el ‘origen’ o ‘nacimiento’ de la teoría de la imprevisión respondió a ‘evitar pérdidas’ que trastocaban esencialmente la economía del contrato...*” (MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A Contratos Administrativos. 4ta. Edición actualizada. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1998. Pág. 504).

Por su parte, la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN ha dictaminado que mediante la aplicación de la teoría de la imprevisión no se trata de restablecer el equilibrio perfecto y matemático querido por las partes en su origen, sino sólo de reconocer la medida necesaria para quitar a la onerosidad lo que vino a tener de excesiva o grosera (Dictámenes 203:201).

Así, al aplicar la teoría *sub-examine* la reparación no será integral, sino que estará representada por una suma tendiente a compensar las pérdidas sufridas por el cocontratante más no las ganancias, ya que estas no se encuentran protegidas por el instituto de marras (BUSTELO, Ernesto. *Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio* en FARRANDO, Ismael (h) (Director). *Contratos Administrativos*. 1era. Edición. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. Pág. 602).

En efecto, se trata de admitir una compensación en favor del proveedor, que le permita mitigar sus pérdidas y continuar con la ejecución del contrato. Busca repartir las consecuencias desfavorables que pudieran amenazar con la ruina del cocontratante del Estado, pero en modo alguno presupone una reparación plena ni apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa ni crear un “seguro” para el cocontratante; no cubre ni asegura ganancias (Cfr. Dictamen ONC N° 205/2013).

Por otra parte, es menester destacar que el Régimen de Contrataciones de la Administración Pública no determina ni define *a priori* un porcentaje o tope al aumento a otorgar ni una tasa máxima de incremento del precio, sino que, por aplicación del subprincipio de descentralización de la gestión operativa, ello habrán de determinarlo los organismos contratantes en cada caso concreto, en función de los resultados que arrojen los informes técnicos en torno a las variaciones que impactan en cada uno de los componentes de la estructura de costos presentada por el proveedor.

En suma, las circunstancias alegadas –junto con los extremos documentales que hayan sido acompañados por el interesado– deberán ser evaluados y merituados por las áreas del organismo contratante con competencia específica, mediante la elaboración de los pertinentes informes técnicos que permitan apreciar si se produjo o no un desequilibrio o quebranto contractual susceptible de dar lugar a su recomposición. La excesiva onerosidad es un concepto elástico, cuyo contenido concreto debe ser valorado caso por caso.

Adicionalmente, en los casos en que el reclamo de recomposición se fundamente en desequilibrios ocasionados por aumentos salariales acordados por paritarias, el proveedor deberá acreditar: 1) En primer lugar, que efectivamente se encuentra alcanzado por el convenio colectivo o acuerdo gremial que invoca; 2) Que dicho convenio o nuevo acuerdo salarial provocó la alteración o la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato de que se trate; 3) Que las nuevas escalas salariales aprobadas en las paritarias excedieron las previsiones que cualquier empresa del rubro podría haber pronosticado en función de las escalas salariales aprobadas en los períodos anteriores a la presentación de ofertas; 4) Deberá verificarse que el proveedor haya realizado efectivamente el pago de los conceptos salariales que alega para solicitar la recomposición del contrato.

Se recuerda, por último, que en el hipotético caso en que se haga lugar al pedido de recomposición, la misma deberá calcularse bajo el principio de sacrificio compartido y desde el momento en que el proveedor haya formalizado el reclamo y no en forma retroactiva desde el perfeccionamiento del vínculo ni de ninguna otra fecha anterior (Cfr. Dictámenes ONC Nros. 411/2008; 502/2009; 1048/2012; 1049/2012, 1050/2012, 1051/2012, 176/2013, 205/2013, 446/2013, 235/2014 e IF-2016-03065258-APN-ONC#MM, entre otros).

-VI-

CONCLUSIÓN

En la medida en que se respeten las premisas y recaudos puestos de relieve tanto en el Acápite V del presente como en el Dictamen de la PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN N° IF-2020-25420179-APN-PTN, del 13 de abril de 2020 en lo que a la “Teoría de la Imprevisión” atañe, desde la perspectiva de las competencias específicas de este Órgano Rector no se advierten reparos que obsten a que el organismo de origen evalúe la posibilidad de recomponer, eventualmente, la ecuación económico financiera del contrato en función de los incrementos salariales, así como de los aumentos de precios de materiales e insumos, que pudieren haber tenido lugar como consecuencia, por caso, de condiciones macroeconómicas inestables.

Saludo a usted atentamente.

AL

SUBSECRETARIO ADMINISTRATIVO

DEL MINISTERIO DE DESARROLLO TERRITORIAL Y HÁBITAT

CPN Gustavo Adrián REYES

S. _____ / _____ D.

