Provincia de Santa Fe

Fiscalía de Estado

DICTAMEN N° 0567 AÑO 1993.-
EXPTE. N° 00602-0002656-1.-

or Ministro:

Con 76 folios vienen a mi consideración las actuaciones tadas en la referencia, donde la Unión Transitoria de Empresas -WERK STRUCTORA SRL.; TOPSA SA., INGENIERO PEDRO MINERVINO SA.; WERKALEC CIA. SRL.; PAOLO R. MARCHESI y CIA. SA. y CONSTRUCCIONES INDUSTRIA- y CIVILES SRL.-, solicita el restablecimiento de la ecuación eco- ica financiera del contrato arribado con motivo de la Licitación / blica Internacional n°1, celebrado con la Provincia- Programa Glo-/ l de Desarrollo Urbano S.V.O.A. B.I.D.- (fs.7/12) y tendente a la / nstrucción de la Obra: "Construcción y Equipamiento de Cinco (5) Es- las Primarias y Preprimarias en la localidad de Villa Gobernador / lvez- Dpto. Rosario- Santa Fe".

Se encuentran agregado el legajo n°00602-0002759-3 (11 lios), que contiene presentación de la reclamante adjuntando antece- ntes relativos al caso.

1. Tal como lo he dicho en reiteradas oportunidades // onf. dictamen n°0525/93), todo reclamo relacionado a un contrato de recho administrativo debe remitirse a mi consideración con todos // s antecedentes de la contratación y los relativos a la petición.

El cumplimiento de este requisito, en principio, me co- cará en condiciones de emitir opinión para el caso en particular.

No obstante, estimo que la especificidad e importancia l tema justifica que me expida sobre los aspectos técnicos-jurídi-/ s del mismo.

2. El centro temático es la incidencia de la ley nacio- l 23928 en los contratos administrativos.

Es previo a la consideración de la incidencia, referir néricamente a la normativa aplicable y a distintos aspectos de los/ ntratos administrativos.

2.1. Normativa aplicable.

La ley 23928, en su art.10 deroga todas las normas le- ales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por / recios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier // tra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tari- as de los bienes, obras o servicios. Se aplica aún a los efectos de/ as relaciones o situaciones jurídicas existentes.

El art.7° prevé que el deudor de una suma determinada/ e Australes cumple dando el día de vencimiento la cantidad nominal-/ ente expresada. Luego de la convertibilidad -1.4.91.-, no se admite/ ctualización monetaria, indexación por precio variación de costos o epotenciación de deudas, cualquiera sea la causa y haya o no mora.

2.1.1. La normativa, fue dictada por el Congreso Nacio
rcicio de atribuciones que le pertenecen y no vulnera, en /
espectiva, la naturaleza local del derecho administrativo.

Acertadamente se ha dicho que "El carácter local del /
ministrativo no es absoluto. Está subordinado a normas cons
s federales, normas infraconstitucionales dictadas en ejer
ribuciones nacionales" (ALEGRIA, Héctor y RIVERA, Julio en
Convertibilidad", -colaboración de Gonzalez Arzac y Hutchin
, Abeledo Perrot, Bs. As. 1991, pág.272).

Asimismo, también en relación a la ley y el congreso /
ando el asunto es nacional por su área y dimensión, la com
nacional. Si los fines son nacionales, los medios también,
ión tiene derecho a los medios" (Ob. cit. pág.272).

Es por esto que la Provincia adhirió a la ley 23928 solo en
ra pertinente" (ley 10650 -art.1°-).

2.2. Contratos Administrativos.

Los contratos administrativos lo son "por su naturale-
luntad del legislador". Son por su naturaleza cuando se ce
la Administración por con un fin público o que en su ejecu
afectar la satisfacción de una necesidad pública colecti-
o a reglas de derecho público, exhorbitante del derecho //
colocan al cocontratante en situación de subordinación ju
RCAITZ, Miguel A. en "Teoría General de los Contratos Admi-
" 2da. Ed. DEPALMA 1980, pág. 246).

En el momento que el acuerdo aparece en el mundo jurí-
onforma una ecuación, que no es sino una equivalencia entre
ntajas de las partes contratantes. Se trata de un equili-/
ico de las prestaciones que recuerda Bercaitz citando a Pe-
especto de los contratos administrativos, frente al equili-
ico de las estaciones de los contratos de derecho privado
ción Admini rativa" Instituto Uruguayo de Derecho Adminis-
ndación de ultura Uruguaya, Montevideo 1989, pág.780).

El ma enimiento del equilibrio, es el camino para la
alización los intereses en juego y, en definitiva, a la
de la fine dad del contrato administrativo que, como ele-
cial del mi mo, se concreta en la satisfacci n del interés/
prometido en él.

La dministración no se convierte por sto en reasegu-
las ganancias de un particular que, como parte del contrato,
tar el riesgo o alea normal que todo acuerdo de voluntades/
to.

2.-

///. La situación cambia si las partes se encuentran frente a la denominada "alea anormal del contrato administrativo", que provoca la ruptura de la ecuación económica financiera del contrato.

2.3. La ley 23928 y los contratos administrativos anteriores a ella. Teoría de la Imprevisibilidad.

La norma nacional ha incidido en los contratos administrativos. Ha modificado los acuerdos de voluntades celebrados con cláusula de ajuste y el hecho de bienes de una autoridad distinta a la // contratante.

Si la modificación no proviene de la autoridad contratante, sino de un sujeto distinto cabe sostener que no estamos frente a la denominada alea administrativa, que genera la aplicación del "hecho del príncipe". Sí estamos frente a un "alea económica" que está / dominada por la conocida "teoría de la imprevisibilidad".

La teoría que nació como un remedio extraordinario tendente a salvar la vida del contrato, a través de una ayuda al cocon-/ tratante que atempete las pérdidas sufridas, fue consagrada por el // Consejo de Estado de Francia en el célebre fallo dictado en autos "Compagnie Generale d'Eclairage de Bordeauz v. Ville de Bordeaux" del año 1916.

Sobrepasados los límites normales de la alea económica que el contratista ha tomado a su cargo, el principio de la figura de la imprevisión nace y no puede renunciarse por ser de orden público / (DIEZ, Manuel M., Derecho Administrativo, T.II, pág.566; MARIENHOFF,/ Miguel "Tratado de Derecho Administrativo", T.III- A., pág.537/538, / con citas de Labaudere, Waline y Saravia).

Ha tenido gran desarrolo en la doctrina, jurispruden-/ cia y aplicados en reiteradas oportunidades por el Ejecutivo Provin-/ cial, conforme a dictámenes de predecesores a cargo de esta Fiscalía de Estado (dictámenes 1064/73; 959/75; 966/75; 134/75 y 278/76 y cc.ss.

2.3.1. Condiciones de aplicación de la teoría de la // Imprevisibilidad.

La teoría nació en la esfera del derecho público -derecho administrativo- y el art.1198 del Código Civil no hace sino recoger sus principios sentados a partir del fallo del Consejo de Estado Francés, citado precedentemente.

La disposición contenida en la legislación civil, es, por tanto inaplicable. En derecho público se fue dando con precisión/ el contenido de la teoría reconociéndose actualmente los siguientes / requisitos fundamentales:

a) Se trate de un contrato administrativo en curso de

//.ejecución.

b) Es necesario que un acontecimiento excepcional aje-
no a la voluntad de las partes altere la economía del contrato. Debe/
responder al "Alea económica".

c) Es necesario que ese acontecimiento no haya podido/
entrar en las previsiones de las partes contratantes al momento en //
que ellas han contratado.

d) Es necesario que el acontecimiento imprevisto haga/
excepcionalmente onerosa la ejecución del contrato, provocando una //
pérdida verdadera que exceda el alea normal y previsible.

e) Es necesario que el concontratante no haya suspendi
do la prestación del servicio por sí mismo.

f) Es necesario que se trate de una situación anormal/
temporaria y no definitiva.

Los requisitos expuestos se elaboraron sobre las deno-
minadas "Cuatro Reglas de Gaston Gezé" y sobre las que se fijaron en/
la "Cuarta Conferencia Nacional de Abogados" celebrada en Tucumán en
el año 1936 (Conf. Bercaitz, Miguel A., ob. cit. pág. 451/452).

2.3.2. Efectos de la Teoría de la Imprevisibilidad.

Originariamente apareció como una teoría de "vida con-
tractual", puesto que generaba el derecho del cocontratante a perci-/
bir una indemnización de la Administración, como ayuda parcial y tran
sitoria que la ayudará a soportar el quebranto derivado del hecho eco
nómico imprevisible (Ib. idem pág. 450).

Los sistemas de reconocimiento de mayores costos o //
cláusula de ajuste, se implementaron para evitar la rigidez de los //
precios contractuales en una economía inflacionaria. Si bien en dife-
rencia de la "Teoría de la Imprevisibilidad" aparecen como un trasva-
samiento de la misma a los contratos administrativos y, respecto de /
la obra pública para los elementos determinantes del costo de la //
obra (art de la ley 5188).

Por último puede citarse como efecto propio de la Teo-
ría de la Imprevisibilidad la de generar el derecho a la revisión //
reajuste o renegociación del contrato. Ello sin duda permite salvar /
el acto jurídico, conservar el contrato y evitar así que el mismo se
haga de cumplimiento imposible y la consiguiente aplicación de la //
"fuerza mayor" o teoría de la muerte contractual.

Evitar la desaparición del acuerdo de voluntades, en /
los [illegible] expuestos y cumplidos los requisitos pertinentes, se vin
cula a la concreción del interés [illegible] colectivo que está siempre/

///

esente en los contratos administrativos. Dicho de otro modo y / initiva, al correcto cumplimiento de la función administrativa/ constituyente le asigna al Poder Ejecutivo.

Los principios expuestos pueden, inclusive extraerse / normativa de los arts. 1198 y 1633 del Código Civil, que por re a la locación de obra, son de aplicación subsidiaria al contrato a pública, que es el contrato administrativo tipo.

2.3.3. Concluyo, que la Administración puede concurrir da de los contrantes anteriores a la ley de convertibilidad, me el pago de una indemnización que los ayude a soportar perjui-/ renegociando los acuerdos de derecho público.

2.4. Cortratos administrativos posteriores a la conver idad.

La solución ajustada a derecho, que expusimos en los / ados anteriores, sirve de apoyatura para generar una serie de // ipios que deben regir los futuros contratos y que las partes de- onvenir ab- initio de la relación y ajustarse dúrante su existen

El propio sistema de la convertibilidad y el objetivo economía estable apareja -entre otros perfiles de la realidad- / tributos de certeza y seguridad que debe contener toda relación/ ica. La controversia, la disparidad de criterios y el reclamo, / llá de la justicia en que se sustenten, impide el normal cumpli- to de los cometidos estatales en una materia en que se encuentra/ tamente comprometido el interés público.

No es inoficioso reiterar que el origen común de las / oversias deviene de la irrepresentatividad del precio en compara a los valores del mercado, con la consecuente imposibilidad de / ner la prestación en los límites ofertados. Así el nuevo "costo" generar no solo la anulación de la ganancia, sino también el // bre de la ecuación económico-financiera del contrato.

La falta de previsión de estos posibles fenómenos trae go las conductas especulativas, unas veces cargándolas sobre los os iniciales y otras con la paralización del emprendimiento, lle a la frustración del fin específico de la obra pública.

En respuesta a ello se propende el dictado por parte / Po Ejecutivo de una norma general con las siguientes particula ades.

a) *Ambito de aplicación:* comprensiva de los contratos inistrativos de la materia, celebrados con posterioridad a su dic- o.

b) Ubicación normativa: tendrá las características del
eral y se incorporará a los llamados a licitación.

c) Contenido o pauta recomendada para el pliego gene-/

c.1. establecerá un procedimiento de revisión de pre-/
elementos determinantes del costo de la obra, para contratos
y largo plazo de ejecución;

c.2. en cada licitación pública o concurso se fijará /
fundada y desagregada, cuales son los elementos determinan-/
costo de la obra sujetos a revisión;

c.3. en el acto administrativo que apruebe el pliego /
el Poder Ejecutivo determinará un mecanismo de seguimiento /
de la evolución en más o en menos del precio del contrato y
tos determinantes.

c.4. Supuestos excluidos no se encuentran comprendidos
sposiciones propuestas los contratos cuyos plazos de ejecu-/
inferiores a seis meses, los cuales se considerarán como de
tado absoluto sin posibilidad de revisión.

c.5. Recaudos de procedencia de la revisión del precio
elementos determinantes. Para tales casos se seguirán los //
s jurídicos expuestos en los apartados anteriores y los su-/
ácticos en que se sustentan. En cualquier caso resulta reco-
el establecimiento de un pauta fija (vbgr. el 10% del pre-/
ontrato o el porcentaje que los pliegos determinen como bene
cocontratante) para considerar la ruptura de la ecuación //
financiera del acuerdo.

No obstante ello, en cada licitación o procedimiento /
ión, se adoptarán las pautas necesarias adecuadas a la espe-
del emprendimiento.

Como pauta rectora del procedimiento y la verificación
iación del precio de los elementos determinantes que conduce
ura de la ecuación económica-financiera del acuerdo, debe //
prueba específica al contratante sobre los extremos indica-/
perjuicio de que los elementos probatorios sean razonablemen
dos por la repartición a cuyo cargo se encuentre la reformu-
de acuerdo a las particularidades de cada emprendimiento.

En caso de compartirse la necesidad del dictado de la
puesta, su contenido y alcances, podrá remitirse el proyecto
labore por los órganos técnicos para su análisis legal a esta
de Estado.

DESPACHO, MAY 1995

EDUARDO N. ALVAREZ
FISCAL DE ESTADO
PROVINCIA DE SANTA FE