

de mayor costo 2011



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

Ref. Expte. N°2473-E-2011-31007
"Solicitud del Sr. Nicolás Lopresti".

AL SEÑOR DE ESTADO DE
LA PROVINCIA DE MENDOZA
DR. JOAQUIN DE ROSAS
S / D

Vienen a esta Dirección de Asuntos Administrativos las presentes actuaciones en las cuales se solicita dictamen legal respecto de la petición efectuada a fs. 2 por el Sr. Nicolás Lopresti, en donde reclama el reconocimiento de mayores costos en virtud del aumento sistemático que habría sufrido el gas oil, lo que afectaría directamente la ecuación económica financiera de la relación contractual surgida a la luz de la Resolución N°008/11 (12/01/2011) de la Empresa Provincial de Transporte, toda vez que el objeto de la prestación del servicio era el "alquiler de taxi flet".

Si bien no se agrega documentación respaldatoria (salvo copia simple de la Resolución N°008/2012 de la Empresa Provincial de Transporte a fs. 4/5 y publicaciones periódicas a fs. 6/7) entendiéndose en el Dictamen de fs. 8/9, de fecha 07/10/11, que el hecho que deviene del aumento de los combustibles es público y notorio (ver párrafo segundo del punto I donde expresamente se consigna "...si bien todos quienes consumimos combustibles lo podemos corroborar..." (refiriéndose al aumento del gas oil), no existiendo tampoco constancia de los Pliegos Licitatorios que rigieron la contratación (por lo que no puede compulsarse si existe o no alguna cláusula contractual que habilite el procedimiento de adecuación de precios requerido y eventualmente, los parámetros a aplicar).

A fs. 11/12 rola Dictamen jurídico favorable a la pretensión del peticionante emitido por la Asesoría Legal del ex Ministerio de Infraestructura, Vivienda, y Transporte (N°1895/11, de fecha 20/10/11) en el cual se ratifica la posición asumida en el Dictamen antes citado de la Empresa Provincial de Transporte, recomendando considerar procedente la petición remitiendo en

cuanto al cálculo a los "parámetros que establezca el Directorio de la EPTM en base a los informes que a ese respecto se produzcan" (penúltimo párrafo).

Finalmente, a fs. 17, por pedido efectuado por esta Dirección en Nota N°255/11 (25/11/2011 obrante a fs. 14) el Ctdor. Américo Toledo (dependiente de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas) emite informe en el cual deja expresa constancia de los aumentos sufridos por los insumos que incidirían directamente en la prestación del servicio y que van desde el 20% y 27% (para la nafta común y el gas oil respectivamente) hasta el 109% (grasa).

I. - En este estado, con la documentación que se tiene a la vista y en términos generales, considero que corresponde efectuar las siguientes consideraciones:

1. Es un principio general aplicable en el marco de las contrataciones administrativas, que siendo el precio uno de los elementos esenciales del contrato administrativo, no puede, en principio sufrir variaciones, toda vez que con ello podría afectarse la igualdad de los oferentes y la transparencia del procedimiento de contratación, el cual se ha sometido a las previsiones de los Pliegos de Condiciones. La Corte Suprema de Justicia ha considerado que *"la ley de la licitación o ley del contrato está constituida por el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y de los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración o reserva que en el caso correspondan y resulten aceptadas por las partes al perfeccionarse el contrato respectivo"*¹. En similar posición, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza ha dicho al respecto que: *"los pliegos de bases y condiciones de una licitación pública, constituyen el conjunto de cláusulas redactado por la administración en las que se especifica el suministro, obra o servicio que se licita, estableciendo las particularidades del futuro contratolos mismos deben ser interpretados en forma restrictiva... ...sin que las circunstancias particulares pudiesen modificar los presupuestos o requisitos de la presentación, ya que en esos casos la confección del pliego sería un acto inútil y resultaría muy difícil impedir la violación del principio de*

¹ C.S.J.N. 29/12/88 "Radeljak Juan c/Administración General de Puertos" LL 1990-C-1 en similar sentido, Dr. Fayt en caso "Dulcamara Sa v. Entel", 29/03/1990; LL 1990-E-311).



transparencia e igualdad de oferentes²...” En igual sentido se ha expresado la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto ha considerado que: *“...El pliego de Bases y Condiciones, genéricamente, es el documento elaborado por la Administración Pública en el cual ésta regula el procedimiento de selección de su futuro contratista y, asimismo, el régimen de ejecución del contrato de que se trate. El pliego de condiciones contiene, por lo tanto, las disposiciones generales especiales destinadas a regir el contrato en su formación y ejecución. (conf. Dict. 253:167). El pliego de bases y condiciones de una licitación es la ley del contrato y sus cláusulas son obligatorias para todos, incluso para la Administración (conf. Dict. 230:67; 232:27)...³”*. De ello deriva que, efectuada la oferta en un todo de acuerdo con los Pliegos de Condiciones y admitida por la Administración, aquellos pasan a formar parte del contrato y no pueden alterarse sus aspectos esenciales porque podría implicar, “prima facie”, la afectación de los principios de igualdad y transparencia del procedimiento.

2. Ahora bien, la facultad de adecuar el precio de los contratos administrativos, independientemente de la eventual existencia de normas transitorias o permanentes que permiten a las autoridades administrativas a materializar tal accionar sean de índole legal⁴ o contractual, es reconocida dentro de determinados y precisos condicionamientos, como atribución general de la administración⁵ con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación y sin controvertir los límites impuestos por los arts. 7 y 10 de la Ley N°23.928 (cuya vigencia se mantiene

² Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, “Fiat Auto Argentina S.A. c/Prov. de Mendoza s/APA”, Expediente N°78.497, 11/07/08. En similar sentido en Expediente: 91355 “C.E.M.P.P.S.A. C/ GOBIERNO DE LA PROV. DE MENDOZA S/ A.P.A. ”, Fecha: 13-08-2009 Ubicación: S403-179.

³ P.T.N., Dictámenes: 269:9 (03/04/2009).

⁴ Vg. Ley N°7022 y sus sucesivas prórrogas, siendo la última de ellas la producida por el art. 107 de la Ley N°8265, que determina su vigencia hasta el 31/12/11. A nivel nacional, el artículo 13 del Decreto N°1023/01 que regula en general las adquisiciones del estado, regula esta materia, en cuanto consigna como un derecho del cocontratante el de “...recomposición del contrato, cuando acontecimientos extraordinarios o imprevisibles de origen natural, tornen excesivamente onerosas las prestaciones a su cargo” (inc. a).

⁵ Vg., previsión del mencionado artículo 13 del Decreto N°1023/01.

con la sanción de la Ley Nº25.561⁶), que impide expresamente la incorporación de cláusulas de ajuste (en convenios o leyes)⁷.

Se ha expresado en este sentido que: *"...la obtención de objetivos de interés público, entre otros, es mejorar la oferta de servicios, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los derechos de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con las sobrevivientes exigencias normativas y progresos tecnológicos, garantizar la continuidad de la prestación, etc., constituyen la causa fundamental habilitante de la actividad administrativa de renegociación de los contratos, la que deberá ser apreciada razonablemente en cada caso..."*⁸ y que *"... al momento de contratar el negocio tiene un cierto grado de onerosidad, pero en ocasiones, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, se vuelve excesivamente oneroso. Los hechos imprevisibles, y extraordinarios, sobrevinientes a la celebración del contrato administrativo que distorsionan significativamente la ecuación económico financiera prevista en el mismo, dan lugar a la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esta teoría se emplea ante circunstancias ajenas a la voluntad de los contratantes, que no pudieron ser previstas en el momento de la manifestación de la voluntad contractual de cada una de las partes, ni en la posterior formalización escrita. Si bien no imposibilita cumplimentar las obligaciones contraídas, provoca un grave desequilibrio de las contraprestaciones, incidiendo negativamente en la economía del contrato..."*⁹.

Esta teoría, originada en la doctrina sentada por el Consejo de Estado

⁶ ARTICULO 7º — El deudor de una obligación de dar una suma determinada de pesos cumple su obligación dando el día de su vencimiento la cantidad nominalmente expresada. En ningún caso se admitirá actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, haya o no mora del deudor, con las salvedades previstas en la presente ley. Quedan derogadas las disposiciones legales y reglamentarias y serán inaplicables las disposiciones contractuales o convencionales que contravinieren lo aquí dispuesto. ARTICULO 10 de la Ley Nº23.928: "Mantiénense derogadas, con efecto a partir del 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o tarifas de los bienes, obras o servicios. Esta derogación se aplicará aun a los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, no pudiendo aplicarse ni esgrimirse ninguna cláusula legal, reglamentaria, contractual o convencional — inclusive convenios colectivos de trabajo— de fecha anterior, como causa de ajuste en las sumas de pesos que corresponda pagar". La ley 25.561 de "Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario", si bien deroga el art. 1 de la ley 23.928 y faculta al Poder Ejecutivo a establecer el sistema que determinará la relación de cambio entre el peso y las divisas extranjeras (art. 2), no modifica en lo sustancial los arts. 7 y 10 de aquella normativa, por lo que se mantiene la prohibición de actualización monetaria, indexación por precios, variación de costos o repotenciación de deudas, cualquiera fuere su causa, ni el art. 619 del C. Civil en cuanto al principio nominalista implementado en las obligaciones de dar sumas de dinero.

⁷ Ver Punto I.3. del presente Dictamen.

⁸ Druetta, Ricardo, "Renegociación del Contrato Administrativo", en "Contratos Administrativos", Jornadas de la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, p. 367, cit. por Alejandro Pérez Hualde, en "Renegociación de Contratos Públicos", Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As., p. 84.

⁹ Dromi, Roberto; "Licitación Pública", Cdad. Argentina, Bs. As., 1995, p. 594 y sgtes.



Francés en el caso "Arrêt du Gaz de Bordeaux" (30/03/1916), y con fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 1198 del C. Civil, ha sido reconocida y extendida al campo de los contratos administrativos por la CSJN¹⁰.

Existe consenso en que los contratos susceptibles de ser renegociados, son los que se denominan y conocen en la doctrina como de larga duración, entendiendo por tal aquellos *"...que se encuentran sometidos a permanentes mutaciones, donde la obligación es concebida como un proceso, donde su objeto es desarrollado en el tiempo ya que no es posible de ser cumplido sino en una prolongación temporal: su objeto consiste en una definición de una operación jurídica que contiene elementos indeterminados, reglas de contextura abierta y procedimientos para la determinación y su precio es el fruto de un criterio con que se debe juzgar la relación precio contraprestación en tanto equilibrio a lo largo del tiempo..."*¹¹.

En este orden de ideas, es también doctrina sentada por este órgano de control y por la Asesoría de Gobierno de la provincia de Mendoza, que bajo determinados condicionamientos es factible desde el punto de vista jurídico, proceder a adecuar los valores contractuales pactados en su oportunidad con el objeto de reestablecer la ecuación económico financiera del contrato administrativo de que se trate. En este sentido se ha manifestado la Asesoría de Gobierno en Dictámenes Nros. 688/92 la posibilidad de aplicar la "teoría de la imprevisión" con fundamento en las normas federales (ver dictamen N°518/02) y autorizando solo la "morigeración" del daño que ha sufrido el afectado, en el marco de la denominada teoría del "sacrificio compartido"¹².

¹⁰ CSJN, 29/06/82, "Vialco SA c/ Agua y Energía Eléctrica", ED, 101-546.

¹¹ Lorenzetti, Ricardo; en "Tratado de los Contratos", T-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 124.

¹² Si bien no es objeto del presente dictamen, creo oportuno efectuar algunas consideraciones en relación a este principio. Su mención (y sin entrar en las discusiones que sobre el mismo existen) aparece, en forma expresa, recién en el año 1989 a partir del dictado de la ley 23.696 (art. 49) como un concepto "novedoso" (según terminología de HALPERIN, David, CANOSA, Armando, MARTORELLO, Beatriz, "Emergencia Económica - Ley 25.344", pp. 54, Errepar, Buenos Aires, 2001). A esta norma siguieron otras que repitieron el concepto mediante el cual el Estado suspendía el cumplimiento de sus obligaciones contractuales sin derecho a reclamo de su co-contratantes. Entre ellas puede citarse al dec. 925/96 (Adla, LVI-D, 4715) mediante el cual se autoriza al Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados a renegociar los contratos en curso de ejecución sobre la base de este principio. En el año 2000 se dicta la ley 25.344 (Adla, LX-E, 5547) también denominada de emergencia económico-financiera, la que reitera la vigencia de dicho principio nunca enunciado ni definido legislativamente

En similar lineamiento, la Fiscalía de Estado de la Provincia ha reconocido la posibilidad de abonar "mayores costos" (diferenciándola de la "indexación") en Dictamen N°380/02 y, recientemente, incluso, ha ratificado esta posición este órgano de control, considerando que *"si bien el precio es intangible, no es inmutable, ya que puede sufrir variaciones derivadas de previsiones contractuales (vg. cláusulas de variabilidad de precios, adicionales, intereses, etc.), cuando se ha producido la alteración de elementos no contractuales de la remuneración (por ejemplo por voluntad del legislador) y aun frente a la comprobación suficiente de la alteración sustancial económico financiera del contrato, o con fundamento en la teoría de la imprevisión¹³.*

En análoga posición ha dictaminado la Procuración del Tesoro de la Nación, en tanto el máximo órgano de asesoramiento del Poder Ejecutivo Nacional ha entendido que en principio las eventuales distorsiones del mercado deben en principio ser asumidas por el cocontratista del estado como parte del riesgo empresario, salvo que se verifiquen los extremos que dan lugar a la teoría de la imprevisión u otras causales que produzcan similares efectos. Se lee así en el Dictamen N°000134 del 18/08/2011: *"...No puede soslayarse que quien contrata con el estado tiene cierta*

Recientemente, la otra emergencia económica, cacerolazos mediante, es declarada por la ley 25.561 que dispuso la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos lo que fue regulado, entre otras normas, mediante el dec. 293/2002 y la res. ME 20/2002 que dicta el Ministerio de Economía (Adla, LXII-B, 1644; LX-B, 1764) fijando el procedimiento de la renegociación y en la que se vuelve a establecer como uno de sus objetivos el realizar la misma sobre la base del "criterio" -no ya del principio- de sacrificio compartido. A su vez, la misma ley 25.561 establece, para los contratos privados pactados en dólares, la posibilidad de renegociarlos sobre la base del esfuerzo compartido y mediante acuerdo de partes " ... procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio ... ". Básicamente este principio implica que ambas partes realicen concesiones recíprocas tendientes a evitar la ruptura de un contrato en crisis. Para Crivelli, el concepto del "sacrificio compartido" denota claramente la existencia de " ... 'renuncias' de ambas partes a determinados derechos... " (CRIVELLI, Julio, C. en "La emergencia económica permanente", pp. 124, Buenos Aires, 2001). Se trataría de un sacrificio recíproco de ciertos derechos o reparto de valores económicos ante una situación de conflicto o de pérdida generada por circunstancias extrañas a las partes o de carácter excepcional. Hay quienes aluden a este principio sin analizarlo (HUTCHINSON, Tomás, BARAGUIRRE, Jorge y GRECCO, Carlos M., pp. 229/230, en "Reforma del estado - Ley 23.696", Santa FE, 1990); los que incluyen al mismo en la canasta de los "conceptos jurídicos indeterminados" (HALPERIN, CANOSA, MARTORELLO, ob. cit. pp. 53) o hallan su fundamento en razones de justicia (POZO GOWLAND, Héctor, "La recomposición de los contratos administrativos", La Ley, 1990-A-908) o de equidad (DROMI, CANOSA, MERTEHIKIAN, en "Renegociación de Contratos Públicos en Emergencia", p. 84, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2000. pp. 84) o en la teoría de la imprevisión (PEREZ HUALDE, Alejandro, en "Renegociación de Contratos Públicos", Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pp. 57). También se ha dicho que: "La aplicación del criterio del sacrificio compartido es la premisa que permite que las partes acuerden condiciones sobre las pautas del esfuerzo conjunto y concurrente, que posibiliten afrontar el costo que demanda superar una instancia que ha colocado al interés común en situación de emergencia". "La fórmula del sacrificio compartido es el presupuesto de la nueva distribución con sentido solidario de las cargas, para salvaguardar el interés público" (DROMI, CANOSA, MARTEHIKIAN, ob. cit. pp. 84).

¹³ Ver en este sentido el amplio desarrollo efectuado al respecto en forma coincidente, en los Dictámenes Nros. 1707/11 de fecha 19/12/11 emitido en expte. N°4877-S-2009-30093 (párr. 14 y ssgtes) y acum, y 465/11 de fecha 09/05/11, en expte. N°1552-D-10-30093 (pto. 3, párr. quinto y ssgtes.), que en copias se adjuntan para su compulsión.



capacidad y experiencia para los negocios y por tanto, goza de ciertos conocimientos respecto de la evolución del mercado que necesariamente considerará al presentar su oferta. Quiere decir entonces, que al presentar su propuesta, el oferente está asumiendo el denominado riesgo empresario que eventualmente deberá soportar como cocontratante de la Administración, cuando se produzca una distorsión en su contra, excepto cuando se verifiquen los supuestos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, del hecho del príncipe, el caso fortuito, etc...¹⁴".

Abonan esta solución también los fundamentos esgrimidos en el proceso judicial N°52.809, caratulado "HORCAS A. c/Municipalidad de Guaymallén s/ A.P.A.", fallado el 24/10/95, en donde se reconoce el derecho del demandante a obtener un reajuste de precios independientemente incluso, de la validez o no de la cláusula de reajuste automático que se encontraba inserta en los Pliegos de Condiciones que rigieron el procedimiento de contratación. Se lee en la parte pertinente del fallo de marras: *"De tal modo que la pretensión de reajuste de precios debe tener acogida, no ya porque lo indicaba una cláusula de reajuste automático, sino porque en la realidad el combustible que proveía a la Municipalidad iba aumentando su costo con posterioridad a la oferta formulada... Es decir que el reconocimiento de reajuste del contrato de suministro debe operarse, pero no en función de la cláusula inserta en contradicción a la ley de convertibilidad, sino porque real y efectivamente el proveedor ha sufrido un mayor costo en la adquisición del gas oil que se ha comprometido entregar a la Comuna... Negarle el derecho a este reajuste significaría obligarlo a trabajar a pérdida y desconocerle el derecho de propiedad, pues éste sufriría sí un embate directo que afectaría la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional¹⁵..."*.

¹⁴ P.T.N., Dictámenes, 278:133.

¹⁵ Punto IV, "Mi opinión", Considerandos décimo tercero a décimo quinto del fallo del Magistrado preopinante, Dr. Nanclares, adherido por el Dr. Aguilar.

El fallo mencionado ha sido expresamente citado por el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia en el punto 2 del Fallo N°14.987¹⁶, en el cual se consignó, con apoyo en Dictamen de Asesoría de Gobierno de octubre de 1992 que *"...es claro que la aplicación del régimen de mayores costos a través de la aplicación de fórmulas matemáticas de aplicación automática se encuentra derogado a partir de la sanción de la Ley 23.928. Sin embargo ello no impide admitir la procedencia de otros institutos de naturaleza civil que, como la teoría de la imprevisión, operen el reestablecimiento de la equidad de las prestaciones contractuales. Tampoco se encuentra vedado por la ley de convertibilidad la posibilidad de aplicar un procedimiento de variación de costos fundado en los incrementos de los precios, efectivamente verificados a fin de reestablecer el equilibrio de la ecuación económico financiera del contrato. La Suprema Corte de Justicia se refirió al tema: "es inaplicable la ley de convertibilidad cuando el proveedor del estado ha sufrido real y efectivamente un mayor costo en la ejecución del contrato. Negar el reajuste importa obligarlo a trabajar a pérdida y desconocerle el derecho de propiedad". Y agrega: "el sistema de convertibilidad pretende impedir el reajuste automático de precios por un simple mecanismo de actualización, erradicando el fenómeno indexatorio de toda acreencia posterior a 1991, dejando estabilizados los precios por el mecanismo de la convertibilidad, pero resulta inaplicable cuando el proveedor del estado ha sufrido real y efectivamente un mayor coste en la ejecución del contrato... (in re "Horcas Antonio R. c/Municipalidad de Guaymallén", Sala 2, L.S. 260, Folio 411, 24/10/1995)...". En relación a este tópico, concluye el fallo mencionado expresando que: "...Cabe recordar que el instituto de los mayores costos busca evitar una situación de pérdida económica, bastando para su reconocimiento la efectiva producción del mayor costo cualquiera sea su entidad..."*

3. En relación a la vigencia de los arts. 7 y 10 de la Ley N° 23.928, solo considero oportuno aclarar que el procedimiento de reconocimiento de mayores costos no importa necesariamente, violentar la normativa aludida toda vez que lo que la misma prohíbe es el establecimiento de mayores

¹⁶ B.O. 30/04/97, Fallo de fecha 23/03/2007 en expediente N° 201, Letra "A", sobre rendición de cuentas de la Administración de Parques y Zoológicos, Punto II.



costos a través de fórmulas matemáticas de aplicación automática, pero en forma alguna puede obstar la adecuación del precio convenido cuando ello deriva de la verificación concreta fundada en variaciones de precios efectivamente verificados (según lo ha entendido la Asesoría de Gobierno¹⁷) ni impedir tal proceder cuando se verifica un real aumento de costos para los contratistas en la ejecución del contrato (lineamiento sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia¹⁸) ni, finalmente, cuando los criterios de ajuste están basados en referencias objetivas y externas a las partes incluidas en un mecanismo de revisión contractual pactado (según posición sostenida por la Procuración del Tesoro de la Nación)¹⁹. Para concluir esta breve reseña referida al tema en análisis, cabe destacar que el Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia de Mendoza, a través de un Dictamen de Secretaría Relatora, ha establecido con precisión cuáles son las notas diferenciales entre ambos institutos, esto es indexación y mayores costos, considerando, en términos generales que mientras que la primera es genérica (se aplica como modo de compensar pérdidas conforme un sistema general); no necesita demostración (ya que en el sistema indiciario el coeficiente de incremento actúa como una presunción que genera a favor del acreedor el derecho a percibir una compensación un cuando no esté en condiciones de acreditar los mayores costos) y es previsible (ya que si bien parte también del principio de imprevisibilidad, acotan el mismo al puro impacto de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda); la segunda requiere la particularización del tratamiento en cada contrato (deber puesto en cabeza del contratista de demostrar el impacto de los costos en el marco de la

¹⁷ Ver en este sentido el Dictamen de fecha Octubre de 1992, emitido por la Asesoría de Gobierno en donde desarrolla este aspecto, respecto del cual, seguidamente se desarrollarán algunas particularidades específicas relativos a este tema.

¹⁸ S.C.J. Provincial, Sala 2, caso "Horcas Antonio Ramón c/Municipalidad de Guaymallén s/A.P.A.", fallado el 24/10/1995.

¹⁹ P.T.N., Dictámenes, 278:133 (18/08/2011). Expresa en la parte pertinente el dictamen aludido: "...Con relación a la prohibición del reconocimiento de mayores costos, contenida en las normas dictadas en el marco de la emergencia pública declarada por la Ley N°25.561, se verifica como un mecanismo introducido en los contratos de larga duración, para mantener el equilibrio de las prestaciones sobre la base de referencias objetivas y externas a las partes, a lo que se agrega que las fórmulas de mayores costos

relación contractual determinada); necesidad de demostración (en tanto en la naturaleza jurídica del reconocimiento de mayores costos operan institutos como la imprevisibilidad o el enriquecimiento sin causa, es obvio que quien alega debe demostrar su existencia y no puede ser suplida por simples presunciones) y la imprevisibilidad (entendida como lo imprevisible o lo que estando previsto es inevitable, superando la posibilidad de previa determinación y medición de las consecuencias el fenómeno que impacto en la ecuación económico financiera y que por ello se admite como obligación de reconocer lo que las partes no incorporaron al precio contractual de conformidad con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión , art. 1198 C. Civil)²⁰.

4. Finalmente, cabe destacar que lo expuesto ni importa desconocer que la mencionada facultad de renegociación tiene carácter extraordinario en el marco de los procedimientos de contratación (en especial cuando no existe previsión legal o contractual al respecto), a los efectos de mantener el principio de "igualdad" entre los oferentes y de "transparencia" del procedimiento, para disminuir la discrecionalidad estatal en este campo, demandando, conforme ya se ha anticipado, el cumplimiento de ciertos estrictos requisitos para que sea procedente. Pero en definitiva, cuando de los contratos en ejecución deriva la ruptura o grave alteración de la ecuación económico - financiera, la Administración ostenta el poder (y aun existe el deber) de renegociar los mismos, con fundamento en lo normado en los artículos 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional y artículos 16 y 32 de la Constitución Provincial.

II. En virtud de lo expresado esta Dirección de Asuntos Administrativos considera que la adecuación de los montos pactados como contraprestación de un servicio prestado a la administración pública, es procedente en tanto se verifiquen y acrediten los extremos citados en el punto I (1 a 4) por parte del reclamante y en debida forma, las variaciones sustanciales producidas y la afectación por ello de la ecuación económico financiera en el caso concreto, así como el grado de imprevisibilidad necesario

representan un mecanismo de revisión contractual previsto por las partes y pautado con anterioridad (Conf. Dict. 246:566, 573 y 559)...".



conforme parámetros especificados ut. supra, debiendo recurrirse para "morigerar" el eventual daño sufrido o a producirse por el cocontratante (en el marco de los parámetros a establecerse para su recomposición y que han sido deferidos en el Dictamen del ex M.I.V.T. al "Directorio" de la E.P.T.M. -y en tanto no existan expresas previsiones contractuales-) a la teoría del "sacrificio compartido".

La aplicación de estos conceptos al caso concreto me lleva a efectuar las siguientes observaciones:

1. La relación contractual en análisis, que surge de la Resolución N°008/11 de la E.P.T.M. que está agregada en autos, se extiende por un lapso temporal de un (1) año, de lo que surge que, en principio, no se verificaría el recaudo liminar general para la aplicación de los procedimientos de readecuación de precios, cual es la existencia de un contrato de los denominados de "larga duración", es decir que las eventuales variaciones en los insumos pudieron y/o debieron ser tenidas en consideración por el oferente al momento de efectivizar su propuesta en el marco de la disposición del art. 1198 del C. Civil;
2. La procedencia del procedimiento de marras, está sujeta además a los aspectos esenciales que se han vertido (y que no se verifican acreditados), esto es:
 - 2.1. Comprobación y demostración por parte del cocontratante de la administración de la alteración sustancial de la ecuación económico financiera, a cuyo efecto deberá precisarse el impacto (y su proporción) que los aumentos de combustible han tenido en los costos de prestación del servicio. Esto tiene enorme relevancia a los efectos de proyectar un eventual reajuste de precios en el marco del contrato en análisis, toda vez que deberá valorarse debidamente la incidencia real de los porcentajes de aumento que surgen en el cuadro de fs. 17

²⁰ Ver en este sentido el excelente desarrollo efectuado en Dictamen de fecha 28/11/02, en Nota N°598 "Instituto Provincial de la Vivienda Examen de sistema de actualización de costos adoptado por Resolución N° 50".

(y/u otros que puedan determinarse por el presentante o por la E.P.T.M. como relacionados al costo del servicio) teniendo en especial consideración que conforme surge de la Resolución de fs. 04/05 (de adjudicación) la contratación se habría efectuado por HORA y no por KILÓMETRO RECORRIDO (Considerando segundo);

2.2. La existencia de una situación de "imprevisibilidad" en relación a la variación del precio del insumo en cuestión (entendida conforme dictamen citado del H.T.Cuentas de la Provincia como aquella que no ha podido preverse o que aun pudiendo preverse no permite su previa determinación y medición de las consecuencias);

3. En caso de verificarse el cumplimiento acabado de los recaudos que anteceden, a los efectos de compensar el eventual daño sufrido y debidamente acreditado, deberá recurrirse a la teoría del "sacrificio compartido", ya que en caso contrario, importaría eliminar el "riesgo empresario" propio de toda relación contractual y garantizar al cocontratante indemnidad en sus ganancias aun frente a situaciones que impacten en las mismas, ajenas a las partes, trasladando a la administración la obligación de soportar las consecuencias de las mismas (conforme Dictamen N°000134/11 de la P.T.N. citado precedentemente).

Sirva la presente de atenta nota de remisión.

Dirección de Asuntos de Administrativos, Fiscalía de Estado.

Mendoza, 30/12/11.

Dict. 1751/11.aa



GOBIERNO DE MENDOZA
FISCALIA DE ESTADO

Mendoza, 30/12/11.

Compartiendo el suscripto el dictamen N°1751/11 que antecede, emitido por la Dirección de Asuntos Administrativos, REMITANSE los presentes actuados a conocimiento y consideración de la Subsecretaría de Servicios Públicos, sirviendo la presente de atenta nota de remisión.