



Municipalidad de Rosario
Tribunal Municipal de Cuentas

1

Señor
Secretario General Administrativo
Concejo Municipal de Rosario
C.P. Eduardo Gutierrez

S / **D**

RECOMENDACIÓN N° 34

Visto el pedido de opinión formulado por el Secretario General Administrativo del Concejo Municipal de Rosario, por Nota ingreso TMC 04/10/2018, la que se eleva en los siguientes términos:

“El Concejo Municipal de Rosario, a través de las oficinas correspondientes ha realizado el llamado a licitación 01/18 obra “Refacción Oficina Municipal del Consumidor”. El presupuesto oficial de la licitación fue estimado a precios de febrero de 2018 con un índice de inflación proyectado acorde a ese momento económico. Que el 20 de julio de 2018, se procedió a la apertura de las ofertas, presentándose 3 oferentes.

De los tres oferentes solo uno formalizó la oferta en debida forma. Del primer oferente se rechaza la oferta debido a que no cotizó el 100% de los ítems quedando desestimada la misma, en segundo lugar, correspondió por un importe de \$ 2.139.500,00 resultando el adjudicatario de la obra; y en tercer lugar la empresa “2M Arquitectura y Diseño SRL que ofertó \$ 3.697.022, un 80,60% sobre el presupuesto oficial y un 57,87% sobre la 2da. Oferta, por lo que también quedó desestimada.

El plazo de mantenimiento de oferta venció 20/08/2018 y la adjudicación de la obra fue comunicada con posterioridad a dicho vencimiento.

El adjudicatario, Pablo A. Herrera, solicitó un pedido de readecuación de precios base de su oferta de la obra “Refacción Oficina Municipal del Consumidor”, fundamentando el pedido en el desequilibrio producido en los precios del mercado interno producto del aumento del dólar (sobre todo en los insumos relacionados con el acero/chapa, artefactos de iluminación, vidrios, etc.) circunstancia que al momento de cotizar no pudo ser prevista.

El criterio jurídico por el cual sostiene el reclamo, es la aplicación de la teoría de la imprevisión, pues la causa del desequilibrio económico financiero de la obra, se originó en medidas de autoridad pública perteneciente a una esfera de gobierno distinta a la que intervino en la adjudicación y en la determinación del presupuesto oficial de La licitación, por lo que manifiesta que al hacer lugar a este reclamo evitaría, perjuicios que tienen en cuenta el daño emergente, resguardando también los propios intereses del Concejo Municipal de Rosario. Toda vez que el pliego de condiciones particulares de la Licitación de la obra “Refacción Oficial Municipal del Consumidor”, por tratarse de una obra de 3 meses de plazo de ejecución, no previó redeterminación de precios, por lo que la escalada de precios producida por el aumento del dólar no se aplicará como redeterminación de precio...”

I- En primer término, corresponde aclarar lo siguiente:

Dicha consulta no refiere las fechas en que acaeció la adjudicación y su notificación, como así tampoco aquella en que el oferente presenta su requerimiento.

En consecuencia:

A- Si el pedido del oferente fue efectuado con anterioridad a la adjudicación y su notificación, dentro del plazo acaecido con posterioridad a la obligación establecida por el art. 2º - Capítulo 3 del PByC; debe tomarse como expresión de retiro de la oferta (manifestación en contrario).

Capítulo 3 – Artículo 2º: El Oferente queda obligado a mantener la validez de su propuesta durante treinta (30) días, contados a partir de la fecha de apertura de la contratación. Pasados los mismos, sin haberse dispuesto la adjudicación definitiva, se considerará prorrogada la oferta, salvo manifestación en contrario del proponente antes del vencimiento, por otros treinta (30) días.

B- Si el pedido del oferente fue efectuado con posterioridad a la adjudicación y su notificación, dicho requerimiento debe ser analizado en el marco de lo establecido en el PByC y los principios aplicables a los contratos administrativos.

Capítulo 3 - Artículo 4º: CONTRATO Resuelta la adjudicación y comunicada oficialmente al adjudicatario mediante la copia autenticada del texto legal correspondiente, éste se presentará dentro de los cinco (5) días hábiles subsiguientes para suscribir el correspondiente contrato, teniendo el adjudicatario 5 días hábiles para cumplimentar el sellado provincial correspondiente, teniendo en cuenta que el Concejo Municipal de Rosario es un organismo exento.

II- Que ha tomado intervención la **Dirección de Coordinación y Despacho y la Dirección de Asuntos Legales de este Tribunal Municipal de Cuentas**, quienes por Informe Conjunto del 10/10/2018 expresan:

“...El Pliego de Bases y Condiciones Generales del llamado a licitación pública N° 01/18, para la obra: “Refacción Oficina Municipal del Consumidor” establece en su Art. 8: *“FORMA DE COTIZAR. La Obra se cotizará por un PRECIO GLOBAL TOTAL. Queda debidamente establecido que los precios cotizados no admitirán modificaciones o ajustes de ninguna naturaleza en el cálculo de costos, rechazándose toda invocación de errores por las incidencias de impuestos, tasas o contribuciones (creadas o a crearse), la incidencia de incrementos salariales o cargas sociales, etc. Se considerará incluido en el precio final todo aquel costo o gasto que se refiera al armado, desarmado, entrega, traslado, diferencia de cambio, etc., ya que no se aceptará adicional alguno por sobre la cotización presentada bajo ningún motivo. A los efectos emergentes del Impuesto al Valor Agregado, el Concejo Municipal de Rosario reviste la condición de exento. En consecuencia, las ofertas no deben discriminar el importe correspondiente a dicho impuesto, debiendo incluirse el mismo en el precio cotizado. El número de C.U.I.T. del Concejo Municipal de Rosario es 30-68467937-2.”*

Además, y pese a ser una obra pública, no se previó en los citados Pliegos cláusula sobre Redeterminación de Precios, conforme a lo normado por la Ordenanza 7.449 y su Decreto Reglamentario Nro. 2457/02.

En virtud de ello, prima facie, podríamos sostener que resulta improcedente el planteo formulado por el adjudicatario en esta instancia.

Ahora bien, desde la fecha de apertura de la licitación (20/07/2018) y al momento de la presentación del adjudicatario, éste dice se produjeron incrementos generalizados de los precios y productos, entre otras variables, por la devaluación de la moneda. Ello, amerita cuanto menos que se evalúe si resulta de aplicación la teoría de la imprevisión, invocada por el presentante.

Esta teoría surge en nuestro derecho público con anterioridad a su inclusión en el Artículo 1198 del Código Civil Argentino, encontrándose sustento en los Artículos 16 y 17 de la Constitución Nacional.

Así pues, la doctrina ha definido a este instituto: *“Se ha señalado en forma mayoritaria, que la imprevisión es un instituto que permite compensar distorsiones significativas en la*



Municipalidad de Rosario
Tribunal Municipal de Cuentas

3

relación contractual, derivadas de causas externas a los contratantes, extraordinarias e imprevisibles, y que no lleva a una reparación plena, sino que está dirigida a distribuir las mayores cargas derivadas de un acontecimiento imprevisible e irresistible. En materia de contratos administrativos, configura una herramienta esencial para coadyuvar a su continuidad, en tanto la contraparte colabora, ayuda a atemperar los efectos de una alteración transitoria.

Por lo demás, hay acuerdo en que no se trata de una reparación integral, ni siquiera con alcance al daño emergente, sino sólo una mejora equitativa de los efectos del contrato. Ello por cuanto, en modo alguno, se trata de un instrumento que garantice el beneficio del concesionario, ni actúe como un seguro de sus posibles pérdidas en el marco de una explotación en condiciones normales; sino tan sólo de una herramienta para repartir las consecuencias desfavorables que pudieren amenazar con la ruina del co-contratante del Estado.

Cabe recordar que la imprevisión no apunta a eliminar los riesgos de la contratación administrativa, ni a crear una suerte de póliza de seguro a favor del contratista. No cubre ni asegura ganancias, pero sí vuelve el contrato a su álea normal. Pretende recomponer la equivalencia honesta de las prestaciones.”¹

En la actualidad, la teoría de la imprevisión se encuentra regulada en el Art. 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece: “*Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia...*”

Así también, la Procuración del Tesoro de la Nación se expresó en los Dictámenes: 57:149; 71:120; 79:109; 80:30; 88:15; 92:74; 98:415; 101:102): “*La imprevisión es de orden público, en tanto es un medio de asegurar en beneficio del interés público el cumplimiento de los contratos administrativos. Opera como principio contractual implícito que se aplica de pleno derecho y no requiere ser pactada expresamente (art. 16 y 17, Const. Nacional; art. 1198 Cód. Civil). Tampoco puede ser objeto de renuncia por parte del contratante. Se pueden pactar fórmulas de reajustes, pero nunca renunciar a la aplicación de la ley, por lo demás, es irrenunciable.*”

Por todo lo expuesto, consideramos que corresponde evaluar en cada caso concreto si resulta de aplicación la Teoría de la Imprevisión ut supra desarrollada, teniendo en cuenta las variaciones de precios en el tiempo transcurrido y de acuerdo a índices oficiales, ya que su utilización tiende exclusivamente a compensar distorsiones significativas en la relación contractual.”

¹ Rennella, María Paula; Hecho del Príncipe, Teoría de la Imprevisión y Fuerza Mayor; Cuestiones de Contratos Administrativos; pag. 272.

III- La Nota de consulta del CM, ingresada al TMC 04/10/2018, seguidamente expresa:

“En dicho pedido solicita, para mantener las condiciones de obra, reajustar los precios de los ítems que sufrieron incrementos, resultando la oferta total final un 23.74% más.

El informe del área de arquitectura sobre el pedido de readecuación de los precios bases, considera razonable el monto de adecuación solicitado.

De proceder a adecuar tal como se solicita los precios base de la licitación, aplicado solamente sobre la oferta que resultó adjudicataria de la obra, no modifica el orden de prelación del precio, es decir que la oferta adjudicada sigue siendo el precio más bajo dentro de las ofertas que sigue en orden de prelación, más allá que quedó desestimada.

Siendo necesario comenzar con la realización de la obra para mejorar la atención al vecino, es que solicitamos opinión sobre la procedencia o no del ajuste de los precios y si existen antecedentes de este tipo de ajuste.

Que respecto de otros antecedentes analizados por este TMC cabe mencionar que en oportunidad de auditar contrataciones efectuadas por el Ente de la Movilidad de Rosario - Dictamen 845- se analizó la Licitación N° 28/2015 – “Adquisición, instalación y mantenimiento del sistema de video, vigilancia para el transporte urbano de pasajeros” en donde el contratista solicitó la readecuación de los precios por diferencias en los valores de *bienes de origen extranjero* tenidos en cuenta que al momento de la presentación de ofertas se basaron en un determinado valor de la moneda extranjera, el que, por razones de política económica adoptada por el Gobierno Nacional, habían sufrido un incremento considerable al momento de la iniciación del contrato. (fecha suscripción contrato 18/01/2016).

Cabe aclarar que cada caso debe ser analizado en forma particular, pues el antecedente antes mencionado en sus bases estableció la posibilidad de cotizar en moneda extranjera, con determinación de las distintas etapas de aplicabilidad en la conversión, ello porque su objeto implicaba componentes importados o directamente relacionados a precios de importación.

En consecuencia, este Tribunal de Cuentas entiende que, por tratarse el presente de un Contrato de Obra Pública, y habiéndose determinando en el Capítulo 6 – art. 2° del PByC que “el Concejo Municipal de Rosario no admitirá re-determinación de los precios del Contrato” cabe referir que dicho mecanismo previsto en nuestra legislación no puede ser aplicado, pues lo contrario implicaría alterar las bases del llamado a efectuar ofertas y la igualdad que debe primar en el procedimiento/contrato hasta su finalización.

Por ello a los fines de la aplicabilidad de la Teoría de la Imprevisión dentro del contrato objeto de esta consulta, se deberán constatar/acreditar los parámetros que la misma requiere, entre los cuales podemos mencionar:

- Circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles (hechos o actos), ajenas a las partes, que alteran excesivamente la ecuación económica financiera del adjudicatario/cocontratante. Para ello debe especificarse el momento en que se dio lugar el hecho generador de la imprevisión ya que es a partir de allí en que puede prosperar.

- Cabe aclarar que es el contratista el que debe demostrar fehacientemente la incidencia del hecho imprevisible en su estructura de costos, con prueba de que la circunstancia o causa alegada haya superado el álea normal del contrato.

- El álea anormal es aquella que excede todos los cálculos que las partes pudieron tener en cuenta al momento de formalizar el contrato, que no han podido prever, aún, empleando la debida diligencia,

- Si las fluctuaciones económicas alegadas son “corrientes” o “previsibles”, constituyen aleas ordinarias y quedan a cargo exclusivo del adjudicatario/cocontratante, no siendo por ende resarcibles.



Municipalidad de Rosario
Tribunal Municipal de Cuentas

5

- Posteriormente será responsabilidad de las áreas técnicas del Concejo Municipal determinar la certeza y razonabilidad de lo solicitado y su otorgamiento: Incidencia ítems/hecho extraordinario.

- Se deberá efectuar un estudio pormenorizado del precio de cada uno de los ítems que dice el proveedor se encuentran afectados, desde la fecha de apertura de la licitación y su variación porcentual, conforme a un índice de precios oficiales del rubro en cuestión.

- Cabe recordar que el cocontratante sólo tendrá derecho a una “ayuda” como resarcimiento parcial, tendiendo a disminuir los perjuicios, y no asegurar ganancias o beneficios no percibidos. De ahí que se toma en cuenta el daño emergente y es improcedente el lucro cesante.

- Que el objetivo de este reconocimiento es mantener la vigencia del contrato y lograr su cumplimiento, encontrando principalmente su fundamento en nuestra Constitución Nacional (art. 16 y 17).

Tribunal Municipal de Cuentas, 11 de octubre de 2018