PROVINCIA DEL CHACO
ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO

DICTAMEN N°090

REF: E23-2021-363-A Nota de Pedido Empresa Contratista Restitución Ecuación Económica "Segundo Acueducto para el interior del Chaco".

DE: ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO
PROVINCIA DEL CHACO
DR. JORGE PABLO ALEGRE

A: MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, ECONOMÍA E INFRAESTRUCTURA
LIC. SANTIAGO PÉREZ PONS
SU DESPACHO

De mi consideración:

Acceden nuevamente las presentes actuaciones a esta Asesoría General de Gobierno a efectos de emitir opinión en relación a la solicitud formulada por la empresa contratista tendiente a la restitución de la ecuación económica del contrato respecto de la obra: "Segundo Acueducto para el Interior del Chaco".

I.- Así se inician las presentes a fs. 1, ante el planteo efectuado por el Presidente de la empresa Servicios de Agua y Mantenimiento Empresa del Estado Provincial (SAMEEP), acompañando nota presentada por la empresa contratista por la cual se solicita la restitución de la ecuación económica del contrato y que fuera acompañada a fs. 2/3 por la cual la empresa contratista manifiesta que sin una urgente restitución de la ecuación económica financiera del contrato se encontraría imposibilitada de continuar con el desarrollo de la obra en las condiciones actuales.

A fs. 5/11 obra opinión formulada por el Area de asuntos Legales y Jurídicos del Ministerio de Economía, Planificación e Infraestructura entendiendo viable la posición adoptada por la entidad estatal (SAMEEP), siempre y cuando no genere costos altísimos al erario público y que deban ser atendidos por las áreas de contralor establecidas constitucionalmente, acompañando asimismo Nota Nº 1036 de fecha 01 de febrero del año 2021, presentada por la empresa contratista.

COPIA DIGITAL

PROVINCIA DEL CHACO
ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO

A fs. 14/17 se encuentra agregada nueva presentación de la empresa SAMEEP en la cual se menciona que "…se analizó la presentación (Nota Nº 3744 efectuada por la UTE contratista), se concluyó que, si bien es cierto que el incremento del dólar, en proporción, fue bastante superior al incremento surgido de la redeterminación de precios y su incidencia en los ítems cotizados originalmente en dólares, de considerarse un reconocimiento, debería ser parcial teniendo en cuenta el concepto de sacrificio compartido."

Se adjunta por medio de dicha presentación la Nota Nº 1748, presentada por la UTE contratista, por la cual se solicita como única alternativa posible para proseguir con la obra, la restitución de los precios y condiciones contractuales vigente a febrero de 2017 (momento en que una parte del contrato originalmente en dólares, se pesificó).

A fs. 19/21, obra nuevamente presentación efectuada por el Area de Asunto Legales y Jurídicos del Ministerio de Economía, Planificación e Infraestructura, en donde formula en su cuarto párrafo que "…Analizado de manera pormenorizada por esta área y atento la formulación expresada por el Sr. Ministro de Planificación, Economía e Infraestructura mediante Nota Nº 1036 de fecha 01/02/21, donde indica ante el pedido de Nota Nª 3744 de fecha 02/12/20 por la contratista, ser presentado un nuevo estudio por la misma siendo que la Administración no tendrá inconveniente en evaluar una nueva opción de actualización de los valores de los ítems en cuestión, y gestionar ante organismos pertinentes la viabilidad de dicho trámite y su eventual financiamiento, termina expresando la importancia de la pronta terminación de obra y los montos tratados, dable citar el concepto de sacrificio compartido y estimando pertinente analizar cualquier reconocimiento de base a este concepto."

Justamente la opinión formulada en las fojas mencionadas por la Unidad legal pertinente sugiere, que salvo mayor criterio que deba ser atendido por las áreas de contralor establecidas constitucionalmente, en pos de evaluar si el beneficio social de brindar un servicio esencial seguro prevalece sobre el valor económico, que podría surgir de la restitución del formato original.

Por último a fs. 25/28, obra opinión vertida por la Contaduría General de la Provincia del Chaco, en la cual y luego de un extenso análisis de la presentes actuaciones expresa que: "…la mencionada restitución

COPIA DIGITAL

debería perfeccionarse dentro de un marco de razonabilidad y con la revisión exhaustiva de los componentes cuantitativos que conforman la ecuación económica financiera emergente del contrato..." para finalmente concluir diciendo que: "...están dadas las condiciones para que se genere el escenario técnico – económico jurídico que posibilite la ejecución de la obra hasta su finalización, en función de los fundamentos de hecho y derecho expuestos precedentemente".

II.- Ahora bien como primera medida resulta necesario destacar que la relación entre las partes tuvo su origen en un proceso de licitación Pública.

En este contexto cabe también mencionar la postura de la Corte Suprema que implica otorgarle al procedimiento licitatorio, la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo. Es así que sostuvo: "...En los contratos en que interviene la Administración, se supedita su validez y eficacia al cumplimiento estricto de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación entre los que se encuentra la licitación pública, que se caracteriza como aquel mediante el cual el ente público invita a los interesados para que, de acuerdo con las bases fijadas en el pliego de condiciones de cada obra, formulen propuestas entre las cuales será seleccionada la más conveniente" (C.S.J.N. "Juan Carlos Radeljak v. Administración General de Puertos", Fallos 311.2831, 1988.).

Por consiguiente, la caracterización de la licitación pública como un procedimiento administrativo torna aplicables respecto de ella los principios propios del procedimiento administrativo, aunque con arreglo a las particularidades de ella y sobre su base derivar los principios que le sean inherentes (Cfr. COMADIRA Pag. 801).

De allí que, se aplican a la licitación pública los principios de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo moderado, debido procedimiento previo y celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites (Cfr. COMADIRA Pag. 804).

Ahora bien, no debemos olvidar que la cuestión traída a consideración en estas actuaciones administrativas obedece a la construcción del Segundo Acueducto de la Provincia del Chaco, cuyo principal finalidad tiende a proveer del recurso Hídrico a una vasta región mejorando en consecuencia la calidad de vida de muchos Chaqueños, resultando indispensable su terminación y

COPIA DIGITAL

puesta en funcionamiento en el menor tiempo posible, más si tenemos en cuenta las extraordinarias circunstancias que hoy nos toca vivir por la situación sanitaria COVID 19 por todos conocidas.

Cabe señalar que la Ley 555 – R - (Código de Aguas de la Provincia del Chaco) establece en su artículo 3 inc. c) Instrumentar el aprovechamiento de los recursos hídricos, como elemento de integración territorial de la Provincia y de imposición de una justa orientación del desarrollo social, económico, cultural y demográfico acorde con las respectivas políticas generales, coordinando la actividad Provincial con la Nación y con las otras Provincias, procurando un grado de equilibrio armónico entre los intereses privados y el interés público.

En relación a la cuestión que nos ocupa, debemos tener en cuenta que el contrato de obra pública es conmutativo, en tanto "las prestaciones de ambas partes se presumen equivalentes".[Marienhoff Miguel, Tratado de Derecho Administrativo, t. III-B, 4° ed actualizada, reimpresión, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 556]

Para preservar este equilibrio se han desarrollado diferentes conceptos y principios jurídicos como ecuación económico-financiera, equivalencia de las prestaciones e intangibilidad del precio contractual o de la remuneración del contratista. Todos ellos refieren a una equivalencia y equilibrio cualitativo. Es decir, hacen referencia a una relación cualitativa.

En los contratos administrativos debe existir una relación entre las obligaciones de las partes y lo que obtienen a cambio. El contrato de obra pública tiene por objeto la entrega por parte del contratista de un opus a la Administración y el pago por parte de esta última de un precio al primero.

Para lograr una equivalencia, se fijan ab initio ciertas condiciones que deberá cumplir cada parte, tanto el contratista como la Administración. Estas condiciones iniciales fijan los parámetros de la relación contractual.

Para que el contrato sea exitoso, esta relación debe guardar cierta equivalencia: la obligación del contratista debe estar cualitativa y cuantitativamente remunerada mediante el precio. Y, a la vez, la obligación de la Administración debe estar cualitativa y cuantitativamente representada por el opus entregado.

COPIA DIGITAL

En toda contratación administrativa, el contratista cotiza "guiado por el propósito de obtener de esa relación contractual un beneficio económico, que resultará de la diferencia que exista entre el costo que para él significan las prestaciones y obligaciones que debe cumplir y el precio contractual que tiene derecho a percibir y el de los demás importes complementarios que le correspondan.

Este beneficio económico o rentabilidad sólo se asegura si durante toda la ejecución de la obra se mantiene una real equivalencia de las prestaciones, es decir, entre el costo de sus obligaciones y el precio, forma y plazo de pago del mismo.

La intangibilidad del precio –término equívoco– refiere a la estabilidad e intangibilidad de esta equivalencia, que es la que le permite al contratista obtener la ganancia esperada y a la Administración obtener la obra en el tiempo y por el precio cotizado oportunamente -principio de la intangibilidad o inmutabilidad del precio del contrato-.

Aclarado lo anterior, el ordenamiento vigente prevé la forma de mantener la equivalencia de las prestaciones, a efectos de posibilitar el cumplimiento del contrato de obra pública, asegurando las prestaciones a favor del contratista y la cosa entregada a favor de la Administración.

La Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario Nº 25.561 y sus modificatorias y reglamentarias, declaró con arreglo a lo dispuesto en el Artículo 76 de la Constitución Nacional, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria.

Dicha Ley mantuvo derogadas, con efecto al 1º de abril de 1991, todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación de 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, aún para los efectos de las relaciones y situaciones jurídicas existentes al momento del dictado de la norma.

Asimismo, el art. 8º de la citada Ley dispuso que en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obra y servicios públicos, quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar u otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio.

COPIA DIGITAL

No obstante ello y dadas las características de la emergencia pública declarada por la Ley N° 25.561 y sus modificatorias y reglamentarias y a la necesidad de adecuar determinadas disposiciones vigentes en la materia, se dictó el Decreto N° 1295 de fecha 19 de julio de 2002 con el objetivo de establecer un régimen tendiente al mantenimiento de la ecuación económico-financiera original de los contratos de obras públicas durante todo el plazo de su duración y a futuro hasta tanto se mantuviera la prohibición del Artículo 8° de la Ley N° 25.561. .

Así, mediante dicho decreto se aprobó la "Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública", aplicable a los contratos de obra pública regidos por la Ley de Obra Pública N° 13.064 y sus modificatorias, con excepción de las concesiones con régimen propio y cobro directo al usuario y los contratos de concesión de obra y de servicios, licencias y permisos. La aplicación del Decreto N° 1295/2002 se vio afectada en los últimos tiempos, entre otras causas, por el aumento generalizado de los precios, las restricciones a la importación de insumos y los tiempos de sustanciación de los procedimientos de redeterminación de precios de los contratos

Asimismo, la alteración de la ecuación económico financiera de los contratos de obra pública ha importado un aumento significativo de los reclamos administrativos y judiciales. Esta situación conllevó a que un gran número de obras públicas de vital importancia para el país se encontraran paralizadas o con un grado de avance significativamente menor al que le hubiese correspondido.

En virtud de ello, con fecha 17/05/2016 el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto Nº 691/2016 que reemplaza la "Metodología de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra Pública" prevista en el Decreto N° 1295/02, aprobándose un nuevo régimen, tendiente a preservar el equilibrio económico financiero de los contratos de obra pública y consultoría de obra pública, con la finalidad de garantizar la continuidad de su ejecución.

Justamente el Anexo del Decreto Nº 691/2016 en su artículo 3 establece: "Admisibilidad de la redeterminación de precios. Los precios de los contratos, correspondientes a la parte faltante de ejecutar, podrán ser redeterminados a solicitud de la contratista cuando los costos de los factores principales que los componen, reflejen una variación promedio ponderada de esos precios, superior en un CINCO POR CIENTO (5%) a los del contrato o al precio sugerido de última redeterminación de precios, según

COPIA DIGITAL

corresponda. El porcentaje fijado en el párrafo precedente podrá ser modificado por resolución conjunta de los Ministros del Interior, Obras Públicas y Vivienda, de Transporte y de Energía y Minería, con la previa intervención favorable de la Comisión de Control y Seguimiento del Régimen de Redeterminación de Precios de Contratos de Obra públicas y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional.

Mediante Decreto 1418/2016, la Provincia del Chaco adhirió al régimen de redeterminación de precios de Contratos de Obra Pública y de Consultoría de Obra Pública de la Administración Pública Nacional, estableciéndose que el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos, será la autoridad de aplicación.

III.- Teniendo en cuenta que el Decreto 691/2016, prevé los presupuestos de admisibilidad estableciendo el procedimiento y pautas para la redeterminación de precios, a efectos de mantener la intangibilidad e inmutabilidad de los valores contractuales que permitirán la continuidad de la obra, y a la vez mantener las prestaciones a favor del contratista, este órgano asesor, respetando lo manifestado por la unidad de Asuntos legales y jurídicos a fs. 19/21 y la Contaduría General de la Provincia del Chaco a fs. 25/28, entiende que toda redeterminación deberá adecuarse a los postulados normativos señalados anteriormente, correspondiendo la remisión de las actuaciones al Ministerio de Planificación, Economía e Infraestructura como órgano de aplicación y a la empresa SAMEEP como órgano ejecutor, a efectos de que procedan en consecuencia permitiendo la terminación del Segundo Acueducto para el Interior del Chaco.

Lo manifestado anteriormente en manera alguna podría implicar mayores erogaciones al Estado que aquellas que surjan de los pliegos licitatorios y sus anexos, como asimismo de la normativa vigente todo dentro de un marco de razonabilidad y con la revisión exhaustiva de los componentes cuantitativos, cuestión que deberá ser tenida principalmente en cuenta por la Subsecretaría de Hacienda dependiente del Ministerio de Planificación, Economía e Infraestructura de la Provincia del Chaco, conforme el artículo 5º del Decreto 1154/09.

Sin perjuicio de lo dicho, en cumplimiento del mandato normativo, a los fines de resultar clarificante en cuanto a los términos del presente, corresponde manifestar que la opinión aquí vertida excluye lo atinente a los aspectos técnicos y/u operativos del presente proyecto, o lo que refieren a su viabilidad económica financiera y/o discrecionalidad de la misma, la cual reitero,

COPIA DIGITAL

PROVINCIA DEL CHACO
ASESORÍA GENERAL DE GOBIERNO

queda reservada a la decisión del poder administrador en definitiva, razón por la cual aquí me limito a dictaminar dentro del marco normativo aplicable y su eventual viabilidad jurídica.

No obstante, se sugiere dar vista de las actuaciones a Fiscalía de Estado de acuerdo a las facultades conferidas a la misma por Ley 1940-A art. 6 inc. b.

Atentamente.

ASESORIA GENERAL DE GOBIERNO

17-02-2021

Dr. Jorge Pablo Alegre
Asesor General de Gobierno
Provincia del Chaco

COPIA DIGITAL