



Gobierno de la Provincia de Mendoza
República Argentina

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: Opinión Consultiva a instancia de ATM (renegociación de contratos)

A: Daniel Stevanato (ATM), NATALIA BAREA (ATM),

Con Copia A:

De mi mayor consideración:

Mediante GEDO NO-2023-09897527-GDEMZA-ATM, la Administración Tributaria Mendoza (A.T.M.) solicita a esta Dirección General de Contrataciones Públicas opinión técnica sobre ciertas viscosidades que se presentan en la gestión de contrataciones en curso.

Puntualmente ATM refiere que en el contexto actual de contrataciones por "Compras Menores" (compras directas sin publicación) como así también con el alquiler de inmuebles, se advierte que la normativa vigente; Decreto Provincial 1000/2015 art. 139 inc e) "Moneda de Cotización" y art. 150 de "Adecuación de Precios", así como la "Disposición Interpretativa de Adecuación de Precios" n° DI-2018-102-E-GDEMZA-DGCPYGB#MH, no contemplan procedimientos de ajustes o reconocimiento de mayores precios en las mismas. Asimismo se indica que este tipo de contrataciones y en otras como la prestación de servicios de tracto sucesivo (ej. contratos menores como el Alquiler de un Equipo fotocopador por 6 meses), los proveedores presentan también presupuestos cotizados en moneda extranjera, siendo todas estas situaciones cada vez más frecuentes, en virtud e la gran inestabilidad macroeconómica reinante a nivel nacional.

Al respecto, caben realizar las siguientes consideraciones, aclarando que nos encontramos ante una materia que puede presentar un cierto margen de opinabilidad:

1º) Es correcto, tal como lo observa atinadamente ATM, que la reglamentación vigente y sus respectivos instrumentos de "REVISIÓN" o "RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL" (arts. 112 bis inc. 5 Ley 9003, art. 1091 Cód. Civ. Com., art 150 Decr. 1000/2015), han sido pensados para recomponer la ecuación económico financiera de los CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO y DE EJECUCIÓN DIFERIDA -ambos tipos contractuales tienen en común su "larga duración", o sea la existencia de un plazo de tiempo durante el cual o después del cual serán cumplidas las obligaciones contraídas por las partes-.

Sin embargo, tal como lo experimenta ATM en su gestión cotidiana -realidad que es compartida por todos los demás organismos del Sector Público Provincial-, la problemática de la ruptura de la ecuación económica del

contrato -o el riesgo inminente de su ocurrencia-, se ha trasladado ahora a otros tipos de contratos: LOS CONTRATOS DE EJECUCION INSTANTÁNEA.

Son reveladores de esta novedosa problemática los siguientes síntomas indicadores: a) los proveedores del mercado no mantienen sus ofertas, sino que por el contrario las propuestas están todas sujetas a un cambio de condiciones, b) los proveedores del mercado cotizan los precios en monedas diferentes a la de curso legal, c) los proveedores del mercado reclaman, inmediatamente después de perfeccionado el contrato, la rescisión del mismo, invocando la "imposibilidad de cumplimiento sobrevenida", d) los proveedores del mercado reclaman por cambio de marcas en relación a las previamente cotizadas, e) los proveedores del mercado reclaman modificaciones en las "cláusulas de renegociación pactadas" alegando la insuficiencia o ineficiencia de las mismas para resolver la problemática de la recomposición o revisión del contrato, f) los proveedores del mercado reclaman el "pago anticipado" como condición de mantenimiento del contrato.

Según se advierte, el tradicional y rígido modelo de la contratación pública no puede dar respuestas eficientes a una realidad caprichosamente dinámica que desborda cualquier planificación previa. En efecto, si esta realidad desbordante afecta seriamente las relaciones habituales del mercado privado, cuánto más delicada es la situación si la mirada se enfoca en el mercado público, y en las necesidades e intereses públicos comprometidos en su gestión operativa.

2º) Por lo tanto, frente a la problemática descrita, cabe recomendar, por un lado, mitigar el riesgo con una planificación estratégica de las condiciones económicas de la contratación, es decir previendo diferentes opciones para las ofertas de los proveedores (ej solicitar oferta básica en moneda de curso legal más oferta alternativa en moneda extranjera o con condiciones de pago contado o pago anticipado). En este orden, también cabe considerar la aplicación de las obligaciones de valor (Art. 772 Cód. Civ. y Com.) como mecanismo de cuantificación de la medida de la obligación dineraria comprometida (en estos casos es preciso preestablecer en el pliego un precio de referencia de ese valor, que debe corresponder a un bien o servicio de idénticas o similares características al comprado, y que además tenga identificada claramente la fuente informativa del mismo).

3º) Ante la imposibilidad o insuficiencia de previsión o planificación, y siempre que el operador de la contratación pública se enfrente con una imperiosa necesidad de rescatar y conservar el contrato para satisfacer una necesidad pública que deba satisfacerse con premura, el mecanismo de la revisión o renegociación contractual ya conocido (arts. 112 bis inc. 5 Ley 9003, art. 1091 Cód. Civ. Com., art 150 Decr. 1000/2015) podría aplicarse también a los contratos de ejecución instantánea, invocando el principio general de buena fe (Art. 9 Cód. Civ. y Com, Art. 1º y 112º Ley 9903). Sin embargo, como se trata de contrataciones de ejecución instantánea, y generalmente no publicables, el principio de razonabilidad (Art. 39º Ley 9003) indica que en estos casos, el operador debe siempre recurrir a otras vías alternativas disponibles y más convenientes en el mercado. De allí que siempre en estos casos, sea recomendable impulsar una compulsa lo más amplia posible, dando cuenta documentada de su cumplimiento en las respectivas actuaciones.

4º) En todos los casos, cualquiera fuere el tipo de contratación, el operador responsable de la contratación pública debe promover el efectivo cumplimiento de la concurrencia de ofertas, sobre la base de condiciones claramente preestablecidas.

5º) Por último, dejando en claro una vez más que las consideraciones previamente realizadas se enfocan y tienen como objeto o materia principal de estudio a las contrataciones de ejecución instantánea, cabe realizar un comentario adicional y especial respecto del contrato de locación de bienes inmuebles.

Al respecto, como es sabido, el régimen de los Arts. 1198 y ss del Cód Civ y Com de la Nación fue sucesivamente modificado por las Leyes 27551 y 27737. Ahora bien, como asimismo es también sabido, el próximo 29 de diciembre del corriente año, entrará en vigencia el DNU 70/2023 cuyo artículo 257 sustituye o modifica nuevamente el artículo 1199 del Código Civil y Comercial de la Nación, diciendo:

“ARTÍCULO 1199. Moneda de pago y actualización. Los alquileres podrán establecerse en moneda de curso legal o en moneda extranjera, al libre arbitrio de las partes. El locatario no podrá exigir que se le acepte el pago en una moneda diferente a la establecida en el contrato.

Las partes podrán pactar el ajuste del valor de los alquileres. Será válido el uso de

cualquier índice pactado por las partes, público o privado, expresado en la misma moneda en la que se pactaron los alquileres. Si el índice elegido dejara de publicarse durante la vigencia del contrato, se utilizará un índice oficial de características similares que publique el Instituto Nacional de Estadística y Censos si el precio estuviera fijado en moneda nacional, o el que cumpla las mismas funciones en el país que emita la moneda de pago pactada. **No será de aplicación a los contratos incluidos en este Capítulo el artículo 10 de la Ley N° 23.928**".

Es opinión de esta Dirección General de Contrataciones Públicas que la citada reglamentación de inminente entrada en vigencia, tiene vocación aplicativa a las contrataciones públicas de locación de bienes inmuebles, de la misma forma que la han tenido las reglamentaciones precedentes. Por lo tanto, es recomendable planificar las condiciones de contratación de los futuros contratos que deban celebrarse, teniendo presente el abanico de opciones que brinda la reglamentación para la formulación de las ofertas que se reciban de los proveedores del mercado.

Seguramente ATM y los demás operadores de contrataciones públicas de la Administración Provincial se preguntarán si la referida "regla de juego" puede incorporarse a los contratos en curso, vía modificación o adaptación de los mismos: La regla general, propia del modelo tradicional y rígido de la contratación pública, impone la respuesta negativa.

Sin embargo, como ya hemos señalado, la situación actual desborda ese modelo. Por lo tanto, habrá que indagar caso por caso, si están o no dadas las condiciones de excepción para incursionar en una renegociación contractual que incluya o comprenda la modificación de las "reglas de juego" preexistentes, valiéndose del novedoso instrumento o herramienta regulada por el Art. 257 del DNU 70/2023.

Con lo expuesto se da por respondida la consulta efectuada, quedando a disposición para continuar indagando sobre los aspectos dudosos que se presenten durante la gestión de las respectivas contrataciones.

Sin otro particular saluda atte.