



Ministerio Público de la Defensa
Defensoría General de la Nación

Resolución DGN

Número:

Referencia: Expte. DGN N° 970/2018

VISTO: El expediente DGN N° 970/2018, la “Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa N° 27.149” (en adelante LOMPD), la “Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional N° 24.156” (en adelante LAF) y en su decreto reglamentario N° 1344/2007 (en adelante DRLAF), el “Régimen para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Ministerio Público de la Defensa” (en adelante RCMPD), el “Pliego Único de Bases y Condiciones del Ministerio Público de la Defensa” (en adelante PCGMPD) –ambos aprobados por Resolución DGN N° 230/11 y modificatorias–, el “Pliego de Bases y Condiciones Particulares” (en adelante PBCP) y el “Pliego de Especificaciones Técnicas” (en adelante PET) –ambos aprobados por Resolución AG N° 433/2018–, la “Orden de Compra N° 60/2018” (en adelante OC N° 60/18) y demás normas aplicables, y

CONSIDERANDO:

I.- Que en el expediente de referencia tramita el procedimiento tendiente a la prórroga de la OC N° 60/18 emitida a favor de la firma Coplama S.A.

En virtud de ello se describirán, en forma preliminar, los antecedentes que deben tenerse en consideración a efectos de analizar si se hallan reunidos los presupuestos reglamentarios para proceder en tal sentido.

I.1.- En virtud la atribución de competencias efectuada mediante Resolución DGN N° 63/17, se dictó la Resolución AG N° 433/2018, del 11 de julio de 2018, por la cual se aprobaron el PBCP, el PET y los Anexos correspondientes y se llamó a Licitación Pública en los términos del artículo 26 del RCMPD, tendiente a la contratación de servicios mensuales de desinsectación, desratización, desinfección y control de plagas para diversos edificios de este Ministerio Público de la Defensa ubicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por la suma estimativa de pesos trescientos setenta y cinco mil seiscientos (\$ 375.600,00).

I.2.- Desarrollado el presente procedimiento de conformidad con las normas aplicables y los principios rectores, el 25 de octubre de 2018 se dictó la Resolución DGN N° 1603/18, a través de la cual se aprobó la Licitación Pública N° 13/18 y se adjudicó el presente requerimiento a la firma Coplama S.A., por la suma total de pesos trescientos veinte mil setenta y seis (\$ 320.076,00.-).

I.3.- Como corolario de ello, con fecha 31 de octubre de 2018 se instrumentó la OC N° 60/2018, la cual fue recibida de plena conformidad por la firma adjudicataria el día 2 de noviembre de 2018.

Cuadra señalar que en dicho instrumento se dejó asentado, en concordancia con el artículo 14 del PBCP, que respecto a la duración del contrato, éste tendría una duración de doce (12) meses contados a partir del día siguiente a la aceptación de la orden de compra, “...*CON UN PLAZO DE OPCIÓN A PRÓRROGA POR UN PERIODO IGUAL A FAVOR DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN, EN IGUALES CONDICIONES*”.

En consecuencia, el plazo de vigencia del contrato administrativo aludido se extiende desde el 5 de noviembre de 2018 al 4 de noviembre de 2019.

I.4.- Luego intervino la Comisión de Recepción Definitiva a fin de efectuar las recepciones mensuales del servicio.

Cabe desatacar que el Renglón N° 5 fue dado de baja en atención a que finalizó el contrato de alquiler del inmueble ubicado en la calle Viamonte N° 1167 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

I.5.- Con posterioridad el Area de Intendencia, en su calidad de órgano con competencia técnica, mediante correo electrónico de fecha 8 de octubre de 2019 solicitó que se articulen los mecanismos conducentes a efectos de prorrogar el contrato instrumentado mediante OC N° 60/18.

En virtud de dicho requerimiento, y en forma previa a que operase el vencimiento del contrato, el Departamento de Compras y Contrataciones emitió las Notas DCyC N° 30/2019 y N° 31/2019 por medio de las cuales comunicó a la firma adjudicataria que este organismo haría uso de la opción de prórroga de la OC N° 60/18 en los términos previstos en el artículo 14 del PBCP, a excepción del Renglón N° 5 el cual fue dado de baja.

I.6.- Como consecuencia de lo expuesto en el precedente acápite, el Departamento aludido propició – mediante Informe DCyC N° 649/2019 – que se proceda a la prórroga de la OC N° 60/18 desde el 5 de noviembre de 2019, por el término de doce (12) meses y por un importe total de pesos trescientos cuatro mil seiscientos veinte (\$ 304.620,00.-).

I.7.- Remitidas las actuaciones al Departamento de Presupuesto, éste expresó —mediante informe N° 474, del 17 de octubre de 2019 (fojas 1021)— que existe disponibilidad presupuestaria, en el presente ejercicio financiero, para afrontar el gasto demandado.

Añadió que *“En lo que respecta a las partidas presupuestarias que incidan en ejercicios posteriores, oportunamente se tomaran los recaudos para financiar el gasto en cuestión.”*

Por ello, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del “Manual”, imputó la suma de pesos trescientos cuatro mil seiscientos veinte (\$ 304.620,00.-) de acuerdo al siguiente detalle: i) la suma de pesos cincuenta mil setecientos setenta (\$ 50.770,00.-) al ejercicio financiero 2019; y ii) la suma de pesos doscientos cincuenta y tres mil ochocientos cincuenta (\$ 253.850,00.-) al ejercicio financiero 2020.

I.8.- A su turno, tomó intervención la Oficina de Administración General y Financiera y no formuló objeciones al criterio propiciado por el Departamento de Compras y Contrataciones (ver Nota AG N° 585/2019).

I.9.- Luego, la firma Coplama S.A. presentó una nota mediante la cual solicitó se haga lugar a una actualización de precios de los servicios adjudicados mediante Resolución DGN N° 1603/18, en virtud del aumento de los costos que habrían sufrido.

I.10.- Por último, y en forma previa a la emisión del presente acto administrativo, tomó intervención el órgano de asesoramiento jurídico (en virtud de lo dispuesto en el artículo 7, inciso d de la Ley N° 19.549) y se expidió en torno al procedimiento articulado, como así también en relación a la viabilidad jurídica de proceder a la prórroga de la OC N° 60/18.

II.A.- LAS ARGUMENTACIONES EFECTUADAS POR LA FIRMA CONTRATISTA A EFECTOS DE SOLICITAR EL INCREMENTO DE LOS PRECIOS PACTADOS.

La firma Coploma S.A. solicitó la actualización de los precios oportunamente adjudicados en virtud de “... *la importante variación de los principales componentes de los costos de nuestros servicios QUE SUPERARON AMPLIAMENTE LO ESTIMADO desde la fecha de apertura de la Licitación de referencia 10 de AGOSTO DE 2018 AL 10 DE OCTUBRE DE 2019, sin contar que la PRORROGA RECIENTEMENTE EMITIDA se extiende desde 01 NOVIEMBRE DE 2019 hasta el 31 de OCTUBRE DE 2020 por lo que solicitamos actualizar los valores mensuales del periodo mencionado*”.

Al respecto efectúa una comparación de los precios de los principales componentes del costo respecto de los períodos agosto 2018 y octubre 2019 y sobre la base de los índices que allí indica, solicita un aumento de 32% en el precio de los servicios para cada edificio contratado.

II.B.- ANÁLISIS DE LA VIABILIDAD JURÍDICA DE LOS FUNDAMENTOS VERTIDOS POR LA FIRMA CONTRATISTA.

Descriptas que fueran las argumentaciones esgrimidas por la firma contratista a efectos de que se haga lugar a su requerimiento, corresponde en este punto expedirse en torno a su procedencia, a la luz de las normas que rigen la presente contratación.

II.B.1.- Como punto de partida, cabe recordar que los pliegos de bases y condiciones contienen un conjunto de cláusulas que comprenden las reglas de procedimiento, requisitos técnicos y financieros de las ofertas y los criterios de selección, como así también las cláusulas de naturaleza contractual –derechos y obligaciones- que regirán la futura contratación (conforme Dictámenes AJ N° 378/15, N° 408/15, N° 430/15, entre otros).

Además, la presentación de la oferta sin solicitar aclaraciones o impugnar los pliegos, tiene como consecuencia el sometimiento por parte del adjudicatario a las cláusulas de los pliegos de bases y condiciones que rigen la contratación, pues las acepta en su totalidad. Además, cualquier duda que las cláusulas de los pliegos hubieran podido suscitar, daba lugar a la presentación –por parte de las firmas interesadas– de las consultas que estimaren conducentes, a efectos de que se expidan las circulares correspondientes (conforme artículo 4 del PBCPyT).

Sobre el particular, la Procuración del Tesoro de la Nación –máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo– expresó que “...*Las normas contenidas en los pliegos permiten a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose entender que al no haber formulado el proponente oportunamente, ni observaciones, ni impugnaciones a alguna de sus normas, debe entenderse que las conoce en todos sus términos, las aceptó y consintió*” (Dictámenes 233:94; 234:452, y 259:45, entre otros).

II.B.2.- En segundo término, resulta importante analizar los efectos jurídicos que conlleva la presentación de la oferta en los procedimientos de selección del contratista, en particular frente a la normativa existente en este Ministerio Público de la Defensa.

El artículo 12 del PCGMPD determina que “*La presentación de la oferta, importa de parte del oferente el pleno conocimiento de toda la normativa que rige el llamado a contratación, la evaluación de todas las circunstancias, la previsión de sus consecuencias y la aceptación en su totalidad de las bases y condiciones estipuladas, sin que pueda alegar en adelante el oferente su desconocimiento*”.

En consonancia con lo expuesto, el RCMPD también es claro al establecer en su artículo 68 que “*La presentación de la oferta significará de parte del oferente el pleno conocimiento y aceptación de las cláusulas que rigen el llamado a contratación*”.

Además de ello, en la cláusula quinta del PBCPyT que rige la presente contratación se dejó expresa constancia de los efectos jurídicos que conlleva la presentación de las ofertas, pues se hizo expresa alusión

a que **“LA PRESENTACIÓN DE LA OFERTA SIGNIFICA POR PARTE DEL OFERENTE EL PLENO CONOCIMIENTO Y ACEPTACIÓN DE TODAS LAS CLÁUSULAS QUE RIGEN EL LLAMADO A CONTRATACIÓN (INCLUYENDO LAS CIRCULARES EMITIDAS QUE SE LE HUBIERAN COMUNICADO). ASIMISMO, IMPLICA LA ACEPTACION SIN CONDICIONAMIENTOS DE LOS EFECTOS JURIDICOS QUE EL ARTICULO 3 LE ASIGNA A LAS DIRECCIONES CONSTITUIDAS MEDIANTE EL ANEXO I –“CONSTANCIA DE RETIRO DE LOS PLIEGOS DE BASES Y CONDICIONES”- y/o a través del Anexo II –CONSTITUCION DE DOMICILIO ESPECIAL Y CORREO ELECTRONICO-“.**

A lo expuesto debe añadirse que el artículo 8 de dicho pliego dispone que con relación a la forma de cotización, *“Se deberá cotizar en pesos, IVA incluido, indicando el precio unitario, el total del renglón, y el total general de la oferta (en números y letras); detallando asimismo los descuentos o bonificaciones, en caso de ser ofrecidos. (...) El precio ofertado deberá incluir la mano de obra, la provisión de todos los elementos necesarios (materiales de limpieza y desinfección, cambio de juntas, preparación y protección con recubrimiento anti-oxido a las partes metálicas, retiro de los sedimentos extraídos, certificado de limpieza y análisis bacteriológico, herramientas y maquinas, gastos de transporte, embalaje, estiba, flete, descarga) para poder cumplir con lo requerido en forma satisfactoria; como así también los seguros de trabajo de personal asignado.”*

Además el artículo 14 del PBCP establece el plazo de duración y vigencia del contrato, disponiendo lo siguiente: *“El periodo de vigencia de la presente contratación será por el término de doce (12) meses a partir del día siguiente a la aceptación de la Orden de Compra, con un plazo de opción a prorroga por un periodo igual a favor de la Defensoría General de la Nación, en iguales condiciones”.*

Como bien puede advertirse, la firma contratista tomó cabal conocimiento, en oportunidad de retirar el PBCPyT, de los efectos que conllevaría la presentación de su propuesta técnico-económica, la forma de cotización, como así también de la opción de prorrogar el contrato a favor de esta Defensoría General de la Nación.

Sin embargo, no formuló objeción alguna al respecto, ni solicitó aclaraciones. Ello por cuanto, bien puede sostenerse, la claridad de los términos vertidos en dichas cláusulas no dejaba lugar a dudas de la duración del contrato.

Es decir, aceptó de modo liso y llano las disposiciones del RCMPD, el PCGMPD y el PBCPyT que rigen la presente contratación, motivo por el cual debe afirmarse que se ha sometido voluntariamente a un régimen jurídico que regula –con claridad– sus obligaciones.

Ello conlleva a sostener que asumió las consecuencias propias del riesgo empresarial de la actividad comercial que desarrolla, circunstancia que la obligaba a tener en consideración las cuestiones que ahora alega como base de su reclamo a efectos de elaborar su propuesta económica.

Sobre el particular, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“El voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional”* (Doctrina que surge de los fallos 305:826; 307:358; 310:2117; 312:245, entre otros).

En igual sentido se ha expedido la doctrina. Así –con apoyo en doctrina del Máximo Tribunal de la República Argentina– la Procuración del Tesoro de la Nación sostuvo en diversos dictámenes que *“...El voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su ulterior impugnación con base constitucional”* (Dictámenes 202:151; 233:94, 234:452, 259:45, entre otros).

Asimismo, se expidió en torno a las cláusulas incorporadas en los PBCPyT y sostuvo que *“...La inclusión de dicha [cláusula] en el Pliego de Bases y Condiciones permite a los oferentes efectuar las necesarias previsiones, debiéndose concluir que al no efectuar impugnaciones al referido Pliego, ni requerir*

aclaraciones en los términos previstos en su articulado, significa que el recurrente ha consentido dicha cláusula. Más aun, la cláusula respectiva no ha sido objeto de cuestionamiento por parte del recurrente" (Dictámenes 233:094).

Finalmente expresó que *"... El mero hecho de presentar una oferta para intervenir en una licitación pública engendra, dada la seriedad y relevancia del acto, la exigencia de una diligencia del postulante que excede la común, al efectuar el estudio previo de sus posibilidades y de las condiciones que son la licitación"* (Dictámenes 213:147).

II.B.3.- Desde otra perspectiva de abordaje, aunque complementario del sendero argumentativo que se viene exponiendo, cuadra destacar –en concordancia con el criterio vertido por este órgano de asesoramiento jurídico en dictámenes AJ N° 112/14 y N° 113/14– que la oferta se caracteriza por su inmutabilidad, esto significa que una vez presentada e iniciado el acto de apertura de ofertas no puede ser posteriormente modificada. De no ser ello así se estaría afectando el derecho a la igualdad entre los oferentes.

No debe pasar desapercibido que el artículo 6 del RCMPD erige a la igualdad como uno de los principios generales que rige en el marco de la gestión de las contrataciones al disponer que *"...todo oferente de bienes y/o servicios debe tener acceso y participación para contratar con el MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA en condiciones semejantes a los demás; estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley."*

Entonces, se torna ineludible dejar asentado que el principio de igualdad es uno de los más importantes en el procedimiento licitatorio, pues se mantiene desde la etapa de preparación de los pliegos que regirán la contratación, y además proyecta sus efectos durante toda la ejecución del contrato. Lisa y llanamente consiste en mantener a todos los oferentes, ya sea durante el procedimiento de selección del contratista como así también hasta la finalización del acuerdo de voluntades, en un plano de igualdad.

Por consiguiente, no es viable consagrar una modificación que beneficie en particular al adjudicatario en desmedro de todos aquellos que oportunamente se presentaron como oferentes y, a los efectos de un eventual cobro del precio ofertado, hayan efectuado las diligencias necesarias (en virtud de las conocidas condiciones sobre las que opera el mercado en el que se desenvuelven) con el fin de prever situaciones como las que ahora alega la empresa contratista.

Sobre el particular, destacada doctrina ha expresado que *"El principio de inalterabilidad de las ofertas tiene aplicación, entonces, como limite a la posibilidad de modificación de las propuestas en aspectos tales como el precio, las condiciones de pago, la calidad o cantidad de los bienes o servicios a proporcionar por el cocontratante, el proyecto constructivo si se tratase de una obra, etc.; en general, quedaría alcanzada por esa restricción la pretensión de modificar el contenido de cualquier aspecto de las ofertas que esté destinado a ser comparado por la Administración para la adjudicación del contrato a la propuesta más conveniente"* (HORACIO DIEZ, "La inmodificabilidad de las ofertas en los procedimientos de selección del cocontratante del Estado" en "Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira", 1er. Ed., Bs. As., Rap, ed. 2007, Pág. 58).

En similar sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación es categórica al sostener que *"No cabe admitir que una estipulación contenida en el pliego pueda cambiarse mediante un posterior acuerdo aclaratorio, porque no puede entenderse que esa modificación haya podido válidamente efectuarse después de la adjudicación, sin ocasionar la nulidad del acto por violación al principio de igualdad que debe presidir toda contratación administrativa; la adjudicación que no respeta estrictamente lo establecido en las cláusulas contractuales está viciada de ilegitimidad."* (Conf. Fallos 308:618; 311:2831; 314:491)." (Dictamen 217:115).

Dentro de este marco normativo, reconocer mayores costos a favor de la firma adjudicataria –en el contexto descripto por ella misma-, y en consecuencia recomponer el monto del requerimiento pactado contractualmente, provocaría una grave afectación al principio de igualdad de las partes y al de

inmutabilidad de la oferta.

Por consiguiente, se advierte que el requerimiento efectuado por la firma COPLAMA S.A. resulta contrario a las reglas y principios que rigen en los contratos administrativos.

II.B.4.- En otro orden de ideas, aunque en concordancia con lo expuesto en los acápites que preceden, es dable señalar que la confección y posterior presentación de la oferta contiene varias implicancias.

Por un lado, presupone el conocimiento de las cláusulas que rigen la presente contratación y su sometimiento a ellas, con el alcance desarrollado en el punto que precede. Por otro lado, se encuentra la diligencia especial que se requiere a quienes contraten con el Estado.

En tal sentido, la Procuración del Tesoro de la Nación, postuló que *“...el mero hecho de presentarse a una licitación engendra un vínculo entre el oferente y la Administración y lo supedita a la eventualidad de la adjudicación, lo que presupone una diligencia del postulante que excede la común y su silencio hace presumir lisa y llanamente la aceptación de los términos fijados por la Administración”* (PTN, Dictámenes 167:447; 211:370).

Justamente esta diligencia especial a la que se alude es la que permite que los oferentes tengan en consideración las circunstancias que puedan incidir en la economía del contrato.

Ahora bien, el procedimiento de selección del contratista llevado cabo en las presentes actuaciones tuvo por objeto la contratación de servicios mensuales de desinsectación, desratización, desinfección y control de plagas para diversos edificios de este Ministerio Público de la Defensa dentro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el plazo de doce (12) meses con la opción a favor de este Ministerio Público de la Defensa de prorrogar dicho contrato por un plazo igual y con las mismas condiciones.

Consecuentemente, se deriva de las características mismas de dicho contrato, y del hecho de que quienes se han presentado a ofertar reúnen los requisitos propios de los comerciantes.

En este sentido, es dable indicar que quienes desarrollan actividades comerciales poseen conocimientos y aptitudes de las que carece el hombre común, ya que sobre éstos descansa el éxito de su negocio.

Tales conocimientos son los que le permiten al comerciante evaluar no sólo las condiciones frente a las cuales contrata, sino también las medidas tendientes a evitar un impacto en su economía por los riesgos que pueden conllevar en el futuro las obligaciones previamente pactadas.

Además, no debe pasar desapercibido que el caudal de información y conocimientos variará con cada comerciante, pues la actividad que desempeñe exigirá que tome diferentes recaudos al encarar sus negocios.

Frente a ello la jurisprudencia ha dicho que *“...el ordenamiento mercantil requiere y supone ciertas aptitudes y capacidades objetivas para el manejo y administración de los negocios. Tales particularidades restringen la posibilidad de que los comerciantes sean víctimas de ligereza e inexperiencia...”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, sentencia del 19/07/2002, en autos “Establecimiento Frutícola Sede SRL c/ Coto CICSA”, publicado en La Ley 2003 –A, 12).

Además, en otro pronunciamiento, se expresó que *“El comerciante reviste un carácter profesional que le da una capacidad para los negocios de la que carece el denominado ‘hombre de la calle’ y, por tanto, su conocimiento respecto de la evolución del mercado, cuando se manifiestan signos de alto riesgo, toma de antemano las medidas tendientes a conjurar tal estado de cosas, cuando, aprovecharse del mismo para obtener ventajas”* (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, “F.S.T. S.A. c/ BNP Paribas Sucursal de Buenos Aires” de fecha 16/06/2009).

De su lado, la Procuración del Tesoro de la Nación consideró que *“No puede soslayarse que quien contrata con el Estado tiene cierta 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” (Dictámenes 278:133).

II.B.5.- Ahora bien, cabe valorar si los mayores costos denunciados por la adjudicataria resultan ser circunstancias que debieron haber sido conocidas por ella al momento de confeccionar su oferta, y, por consiguiente, si resultan atendibles las manifestaciones vertidas en su presentación de fojas 1023/1024.

A esta altura del desarrollo argumentativo no cabe más que concluir que la firma Coplama S.A. posee conocimientos respecto de las cuestiones que pueden suscitarse en torno al mercado en el cual desarrolla sus operaciones. Dicho en otros términos, conocía como funcionaba el mercado, e incluso, contaba con información y variables propias de su actividad.

Por lo tanto, sus fundamentos carecen de sustento y no se condicen con la diligencia con que debe obrar una empresa de la entidad de la adjudicataria, en el marco de una contratación con el Estado. De modo que se evidencia su intención de hacer cargar a este Ministerio Público de la Defensa con las consecuencias de sus imprevisiones y/o adopción de los mecanismos financieros legales correspondientes para afrontar su obligación contractual.

En base a lo expuesto, y toda vez que el PBCPyT preveía la posibilidad de este organismo hiciera uso de la opción de prórroga por un periodo de doce (12) meses más, exigía una conducta diligente por parte de éstos, que los obligaba a considerar estas circunstancias a la hora de elaborar sus propuestas y estimar los costos de sus servicios.

El análisis jurídico hasta aquí vertido resulta suficiente para desestimar el requerimiento efectuado por la adjudicataria en su nota de fojas 1023/1024.

II.B.6.- Por otra parte, deviene necesario analizar si se encuentran reunidos los presupuestos legales para la procedencia de la teoría de la imprevisión.

Dicho instituto, receptado en los artículos 961 y 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, resulta aplicable a los contratos administrativos.

Particularmente el artículo 961 prevé el siguiente principio “... *Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Obligan no sólo a lo que está formalmente expresado, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos, con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor.*” (énfasis propio).

Por su parte, el artículo 1091 establece que “*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*”.

Descripto que fuera el marco normativo de dicho instituto, debe tenerse en cuenta que la doctrina ha sostenido que la imprevisión permite compensar distorsiones significativas en la 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 (MARÍA PAULA RENNELLA, “Cuestiones de Contratos Administrativos en Homenaje a Julio Rodolfo Comadira”, 1er. Ed., Bs. As., Rap. , 2007, Pág. 272).

En sentido concordante, se expresó que “*La teoría de la imprevisión tiene a compensar la excesiva*

onerosidad sobreviniente en la prestación a cargo de una de las partes del contrato, provocada por un cambio imprevisto producido en las circunstancias que constituyeron la base del contrato [...] Las condiciones que regulan su procedencia han tenido una sistematización rigurosa en el derecho público [...] a saber: 1) una excesiva onerosidad en una prestación del contrato; 2) que ella sea sobreviniente, o sea, que el acontecimiento que perturba el acuerdo surja y produzca efectos después de la celebración del contrato, debiendo éste hallarse pendiente de ejecución o cumplimiento; 3) se trate de un 'alea económica', y no de un 'alea administrativa'; 4) el acontecimiento que provoca el desequilibrio no sea normalmente previsible, sino de carácter extraordinario y ajeno a la voluntad del contratista; 5) no haber suspendido el contratista la ejecución del contrato; y 6) que se opere un trastorno o quebranto de la ecuación-económico financiera del contrato con motivo del hecho determinante del 'alea económica'" (Cassagne, Juan Carlos, El contrato Administrativo, 2da. ed., Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2005, pags. 138/139).

Por su parte, la jurisprudencia ha sido enfática en dejar asentado que *"...si bien es cierto que dicha doctrina ha sido receptada en materia de contratos administrativos en aquellos supuestos en que la alteración del equilibrio se origina en causas ajenas a la voluntad del Estado (álea económica), también lo es que para que ella sea admisible deben concurrir circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles -posteriores a la celebración del contrato administrativo- y que se trate de alteraciones de tal naturaleza que no se hayan podido prever por las partes, o bien de eventos que, de haberse conocido, hubieran determinado la celebración del contrato en otras condiciones"* (CSJN, fallos 319:1681).

Sobre la base de lo dispuesto en el Código Civil y Comercial de la Nación, la jurisprudencia citada y la doctrina que se trajo a colación, cabe enfatizar que para la aplicación del instituto bajo análisis resulta ineludible que concurren los siguientes presupuestos:

- a) que se materialice una excesiva onerosidad respecto de alguna o de todas las prestaciones del contrato;
- b) que esa onerosidad sea sobreviniente, es decir, que se produzca con posterioridad a la celebración del contrato;
- c) que sea consecuencia de un acontecimiento ajeno a las partes, por lo que ninguna de ellas debe haber participado en su generación; y
- d) que tal acontecimiento revista el carácter de extraordinario, de modo que no haya podido ser previsible para quien invoque esta teoría –atendiendo a los especiales conocimientos que debe tener como consecuencia de los bienes y/o servicios que comercialice–.

Teniendo en consideración tales parámetros, deviene necesario señalar que la diferencia de costos entre el momento en que el cocontratante efectuara su oferta y la actualidad, no resulta pasible de ser encuadrada como una excesiva onerosidad sobreviniente a cargo de la adjudicataria.

Es que, como bien fuera indicado en los acápites II.B.2, II.B.4 y II.B.5, el oferente debía tener en consideración las circunstancias del mercado que podrían llegar a incidir en los precios de los productos que ofrecía, a la luz del contexto socio-político que imperaba.

Ello aunado a que no puede eludirse una cuestión trascendental: su calidad de comerciante -y actor- en el mercado de los servicios que ofreció (y que conforman el objeto del contrato que lo vincula con este Ministerio Público de la Defensa) conllevaba su deber de tomar cabal conocimiento de su funcionamiento, de las condiciones que allí imperan, de las reglas nacionales aplicables. Ello así por cuanto el desenvolvimiento de dicha actividad le otorga un indudable acceso a la información necesaria para prever las circunstancias que podrían llegar a afectar la economía del contrato y, de considerarlo conducente con sus intereses económicos, trasladarlo al precio en calidad de costos.

Por lo tanto, forzoso es concluir que las circunstancias invocadas por la firma Coplama S.A. no constituyeron hechos imprevisibles al momento de presentar su oferta, para no afrontar los riesgos que se

encuentran ínsitos en el contrato celebrado. Como corolario lógico de ello, trasladar las consecuencias de su actuar desprovisto de diligencia a este órgano constitucional, resulta –a toda luz– inadmisibles.

Robustece el criterio expuesto lo sostenido por la jurisprudencia, quien ha tenido oportunidad de expresar que “...*la teoría de la imprevisión no puede aplicarse para corregir agravaciones sustancialmente previsibles de aquello a que las partes se obligaron, ya que el principio sigue siendo siempre el cumplimiento estricto de lo pactado: `pacta sunt servanda`”* (CSJN 301:525 – Rev. La ley, t. 1980-B, página 701).

Por tales motivos, no corresponde hacer lugar a la actualización de los precios del contrato solicitada por la adjudicataria.

II.B.7.- Por último, y si bien no ha sido planteado por la firma co-contratante, el tenor del requerimiento que efectuó exige que se evalúen si se encuentran reunidos los presupuestos legales y reglamentarios para tratar el requerimiento efectuado por la firma contratista como un caso fortuito-fuerza mayor, o bien como un hecho del príncipe. Ello requiere que, de modo previo, se delimiten –aunque sucintamente– los institutos mencionados.

II.B.7.1.- En lo que respecta al caso fortuito, debe tenerse en consideración que –a diferencia de lo que ocurre con la imprevisión– constituye una causal que habilita al co-contratante a que no cumpla con la prestación asumida, sin que por ello le quepa la aplicación de penalidades y sanciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación lo define en su artículo 1730 como “...*al hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*”.

De modo que el caso fortuito exige que concurren tres (3) presupuestos: a) el hecho debe resultar ajeno al contratista, b) tiene que ser inevitable, y c) imprevisible. Todos ellos deberán ser probados, en debida forma y tiempo, por el co-contratista que los invoque.

Por consiguiente, no basta con que una prestación se torne más onerosa para aquél, y sobre la base de ello alegue que no puede cumplir con las obligaciones asumidas en los términos previstos en el contrato, dado que además deberán configurarse los presupuestos previstos en el Código mencionado. Si alguno de ellos no se configurase, entonces no procederá la eximición del deudor.

En el ámbito doctrinario, la Procuración del Tesoro de la Nación ha expresado que “*Para poder admitir el caso fortuito o fuerza mayor no basta invocar mayor onerosidad en la ejecución de la prestación prometida, sino que debemos estar ante un hecho imprevisible e irresistible que produzca una verdadera imposibilidad de cumplir con las obligaciones asumidas*” (Dictámenes 181:138).

Otro sector de la doctrina, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, sostuvo que la fuerza mayor consiste en “*La producción de acontecimientos imprevisibles o inevitables que tengan su origen en causas, motivos o acontecimientos naturales, extraños o ajenos a la persona obligada (STS del 11/12/78, 1034/78), sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos fueran inevitables (STS del 21/7/89, 6070/89) o causas que reúnen la nota de excepcionalidad, imprevisibilidad, inevitabilidad, irresistibilidad (STS del 19/10/83, 5207/83)*”. Y más adelante añade que la fuerza mayor “... *supone la exclusión de cualquier responsabilidad del contratista por esos hechos*” (Gaspar Ariño Ortiz, El equilibrio financiero del contrato administrativo, en obra colectiva “La contratación pública”, dirigida por Cassagne Juan Carlos y Rivero Ysern, Enrique, 1ra. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2006, vol. 2, pag. 741).

Señalados los aspectos principales del instituto bajo análisis, cuadra entonces indicar que el RCMPD, como así también el PCGMPD, establecen en sus artículos 15 y 70 –respectivamente– la obligación del co-contratante “... *de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural; o incumplimientos del MINISTERIO PUBLICO DE LA DEFENSA de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato [...] La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor que impida el cumplimiento de los compromisos contraídos por los oferentes, adjudicatarios o*

cocontratantes, deberán ser puestos en conocimiento del DEPARTAMENTO DE COMPRAS Y CONTRATACIONES dentro de los TRES (3) días de producidos o de finalizados sus efectos. En este caso, el incumplimiento no dará lugar a la aplicación de las penalidades previstas en este régimen”.

II.B.7.2.- Alcanzado este punto, se torna prudente describir la figura del hecho del príncipe. Se trata de un álea administrativa, cuya materialización torna excesivamente onerosa la prestación a cargo de una de las partes, que impide el cumplimiento del contrato.

El hecho del príncipe consiste en una medida de alcance general emanada de una autoridad pública perteneciente a la misma esfera jurisdiccional (nacional, provincial o municipal) motivo por el cual su dictado no debe afectar pura y exclusivamente al co-contratante en virtud de la relación contractual entablada con el órgano licitante, pues en este supuesto se configuraría un supuesto de responsabilidad contractual.

Esa medida –que es de carácter económico y/o financiero– tiene un impacto de tal trascendencia en el contrato administrativo, que torna excesivamente onerosa la prestación a cargo del co-contratante, que le impide cumplir con las obligaciones contraídas. Además, debe añadirse que la medida debe tener tal imprevisibilidad que afecte el álea normal del contrato.

Resta señalar que, al igual que ocurre con la teoría de la imprevisión y el caso fortuito, quien alega la incidencia del hecho del príncipe debe demostrarlo adecuadamente.

En doctrina se ha expresado que *“Para que el contratista pueda invocar el hecho del príncipe para obtener el reajuste del contrato afectado por un álea de esa naturaleza, se requiere que la medida general: 1) sea de índole económica o financiera; 2) provoque una excesiva onerosidad sobreviniente; 3) sea imprevista y no exceda el álea normal de todo contrato; 4) exista una relación de causalidad entre la medida y la alteración de la ecuación del contrato; y 5) que el daño sea cierto y especial, en el sentido de que afecte más intensamente al contratista que al resto de las personas a quienes se le impone la medida de alcance general, cuyas consecuencias resultan asimilables a las cargas públicas”* (CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El contrato Administrativo*, 2da. ed., Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 2005, pags. 136/137).

II.B.7.3.- Delimitados ambos institutos, es dable señalar que no se encuentran reunidos los presupuestos para su procedencia. Ello así por cuanto, como bien se expresó en el acápite II.b.6, la simple alusión a mayores costos no constituye una circunstancia que no podía ser prevista por el contratista.

Por consiguiente, tampoco corresponde eximir del cumplimiento de las obligaciones asumidas a la firma requirente.

III.- Que habiéndose efectuado el breve relato de los antecedentes involucrados, cabe en este punto plasmar los fundamentos por los cuales resulta viable proceder a la prórroga de la OC N° 60/18, emitida a favor de la firma Coplama S.A., en los términos propiciados por el Departamento de Compras y Contrataciones y por la Oficina de Administración General y Financiera.

III.1.- Como primera medida, es dable afirmar que los pliegos de bases y condiciones constituyen la ley de la licitación y del contrato que eventualmente se celebre, donde se describen los bienes y/o servicios requeridos para satisfacer una necesidad concreta, los derechos y obligaciones del oferente, del eventual adjudicatario y de este Ministerio Público de la Defensa.

En el sentido expuesto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en forma reiterada que *“La ley de la licitación o ley del contrato es el pliego donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, los oferentes y del adjudicatario”* (Fallos 308:618; 311:491; 316:382; entre otros).

III.2.- Señalado que fuera lo atinente a los Pliegos de Bases y Condiciones, corresponde abordar la cuestión desde la perspectiva de los efectos jurídicos que conlleva la presentación de la oferta en los procedimientos

de selección del contratista que articula este órgano constitucional, y la prolongación de sus efectos una vez perfeccionado el contrato (en este caso, mediante OC N° 60/18).

Así, y de acuerdo con lo establecido en los artículos 5 y 68 del RCMPD, en el artículo 12 del PCGMPD y en el artículo 5 del PBCP, deviene conducente afirmar que la firma contratista tomó cabal conocimiento – en oportunidad de retirar los pliegos de bases y condiciones– de los efectos jurídicos que conllevaría la presentación de su propuesta técnico-económica, como así también del plazo durante el cual se extendería el contrato y de la posibilidad de que este Ministerio Público de la Defensa ejerciera la facultad de prorrogar el contrato por doce (12) meses más, en los términos pactados.

Es decir, aceptó de modo liso y llano las disposiciones del RCMPD, el PCGMPD, el PBCP y el PET que rigen la presente contratación, motivo por el cual debe afirmarse que se ha sometido voluntariamente a un régimen jurídico que regula con claridad sus obligaciones. En consecuencia, asumió la obligación de mantener los términos vertidos en el contrato instrumentado mediante OC N° 60/18, ante el eventual ejercicio de la facultad de prórroga estipulada en el contrato.

III.3.- Vertidas que fueran las valoraciones en torno a los Pliegos, como así también en relación a los efectos que conlleva la presentación de las ofertas, se torna oportuno entonces exponer el sistema normativo que prevé la facultad de prorrogar los contratos administrativos que celebra este Ministerio Público de la Defensa.

Así, el artículo 14, inciso g) del RCMPD, como así también el artículo 70, inciso g), del PCGMPD, establecen que este Ministerio Público de la Defensa tiene *“la facultad de prorrogar, cuando así se hubiese previsto en el Pliego de Bases y Condiciones Particulares, los contratos de suministros de cumplimiento sucesivo o de prestación de servicios [...] por única vez y por un plazo igual al del contrato inicial”*.

Dicha disposición debe ser complementada con el “Manual”, que en su artículo 5 determina que *“Cuando el encuadre legal de los llamados se establezca con arreglo al monto estimado que demandará la contratación, se deberá considerar el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, sin perjuicio de destacar que rige como regla la Licitación Pública”*.

La normativa bajo análisis exige que se configuren las siguientes circunstancias a efectos de ejercer la facultad de prorrogar los contratos y que ésta sea obligatoria para el contratista:

- i)** la posibilidad de prorrogar el contrato debe encontrarse expresamente prevista en los Pliegos de Bases y Condiciones que rigen la contratación;
- ii)** debe mediar una valoración por parte de los órganos competentes respecto de la necesidad, como así también de la conveniencia, de proceder a la prórroga del contrato en los términos pactados, y siempre dentro de los límites que fija el artículo 14 del RCMPD;
- iii)** el ejercicio de la opción de prórroga no puede exceder de los topes cuantitativos establecidos en la Resolución DGN N° 185/19 para la determinación de los procedimientos de selección del contratista, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 del “Manual” y en el artículo 6, incisos a) y d) del RCMPD.

III.4.- Sobre la base de lo expuesto en los apartados que preceden, y teniendo en cuenta que la facultad de prorrogar el contrato administrativo se encuentra prevista en el PBCP (conforme artículos 1 y 14), como así también en la OC N° 60/18, corresponde que se proceda a la prórroga de dicha orden de compra, por el plazo de doce (12) meses computados a partir del 5 de noviembre de 2019, en los términos y condiciones originariamente pactados.

IV.- Que en lo que atañe a los fondos presupuestarios necesarios para afrontar el gasto que demandará la presente prórroga de orden de compra, es dable señalar que del informe N° 474, del 17 de octubre de 2019, elaborado por el Departamento de Presupuesto se desprende que dicha erogación deberá ser afrontada con partidas correspondientes a los ejercicios financieros 2019 y 2020.

Ello exige que se traigan a consideración una serie de normas que regulan la cuestión presupuestaria.

IV.1.- Los artículos 15, 31, 34 y 35 de la LAF, como así también los artículos 15, 31 y 34 del DRLAF, contemplan una serie de reglas y requisitos que deberán observarse en la formulación y ejecución del presupuesto que el Honorable Congreso de la Nación le asigne a este Ministerio Público de la Defensa.

IV.2.- Por otro lado, cuadra recordar que los artículos 3, 35, 63, 64, 67 y 68 de la LOMPD garantizan la autarquía financiera del Ministerio Público de la Defensa reconocida por la Constitución Nacional en su artículo 120.

En particular, el artículo 67 dispone que *“La Defensoría General de la Nación elaborará anualmente, sobre la base de las pautas técnicas establecidas para las jurisdicciones y entidades del Sector Público Nacional y observando los principios de transparencia en la gestión y eficiencia en el uso de los recursos, el presupuesto general de recursos y gastos del Ministerio Público de la Defensa para el año siguiente”*.

IV.3.- El sistema normativo descrito no deja lugar a dudas acerca de que la administración financiera de los recursos de este Ministerio constituye una potestad de la Defensoría General de la Nación, quien debe dictar las reglamentaciones que estime conducentes, con observancia de las disposiciones de la LOMPD (conforme artículo 35, inciso s).

IV.4.- En virtud de lo expuesto en los acápite que preceden, cabe hacer lugar a la prórroga de la Orden de Compra N° 60/18 en los términos presupuestarios propiciados por el Departamento de Compras y Contrataciones y la Oficina de Administración General y Financiera.

En consecuencia, corresponde que el Departamento de Presupuesto articule los mecanismos pertinentes para que los fondos imputados al ejercicio 2020 se reflejen efectivamente a dichos ejercicios fiscales, una vez distribuidas las partidas presupuestarias en los términos del artículo 30 de la LAF.

V.- Que en forma previa al dictado del presente acto administrativo, la Asesoría Jurídica de esta Defensoría General de la Nación tomó la intervención de su competencia y emitió su dictamen sin formular objeciones de índole legal respecto de la prórroga propiciada por los Departamentos de Intendencia y de Compras y Contrataciones, como así también por la Oficina de Administración General y Financiera.

VI.- Que la presente se dicta en virtud de las facultades previstas en el artículo 14, inciso g) del RCMPD, en el artículo 69, inciso g) del PCGMPD y en el artículo 35 de la Ley N° 27.149.

Por ello, en mi carácter de Defensora General de la Nación;

RESUELVO:

I. APROBAR la prórroga de la OC N° 60/2018, con excepción del Renglón N° 5 - emitida a favor de la firma Coploma S.A., por el importe de pesos trescientos cuatro mil seiscientos veinte (\$ 304.620,00.-), cuyo período de vigencia es de doce (12) meses computados a partir del 5 de noviembre de 2019.

II.- AUTORIZAR al Departamento de Compras y Contrataciones a emitir la correspondiente Orden de Compra, de conformidad con lo dispuesto en el punto I.

III.- DESESTIMAR la presentación efectuada por la empresa “COPLAMA S.A.” mediante la cual solicita la recomposición de precios.

IV.- DISPONER que el gasto aprobado en el punto I se impute a las partidas presupuestarias que legalmente correspondan.

V.- ENCOMENDAR al Departamento de Presupuesto a que articule los mecanismos conducentes para que los fondos imputados al ejercicio 2020 se reflejen efectivamente en las partidas presupuestarias

correspondientes, en concordancia con lo dispuesto en el considerando IV.

VI.- INTIMAR a la firma contratista –conforme lo dispuesto en los puntos I y II– a que, una vez transcurrido el plazo de diez (10) días establecido en el artículo 64, inciso b), retire la garantía de cumplimiento, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el artículo 64, último párrafo del RCMPD y en el artículo 8, último párrafo del PCGMPD.

VII.- HACER SABER que el presente acto administrativo agota la vía administrativa, sin perjuicio de dejar asentado que podrá interponerse recurso de reconsideración en los términos del artículo 84 del "*Reglamento de Procedimientos Administrativos*" (texto modificado y ordenado por decreto N° 894/2017), dentro del plazo de diez (10) días hábiles administrativos en que tenga lugar la notificación.

Protocolícese, y notifíquese fehacientemente –de acuerdo a lo establecido en los artículos 39 a 43 del "*Reglamento de Procedimientos Administrativos*" (texto modificado y ordenado por decreto N° 894/2017)–.

Para conocimiento y prosecución del trámite, remítase a la Departamento de Compras y Contrataciones. Cumplido, archívese.