



“2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia”

Ushuaia, 18 SEP 2023

VISTO: el Expediente perteneciente al registro del Ministerio de Obras y Servicios Públicos N° 75426/2022 Letra: MOSP-E, caratulado: “S/ SOLICITUD RENEGOCIACIÓN CONTRATO OBRA ‘INTERCONEXIÓN GASODUCTO SAN MARTÍN Y GASODUCTO FUEGUINO’ –LIC. PUB. 16 2019-EXPTE. ADMIN. 10466 MO18-CONTRAT. CONINSA S.A.”, y;

CONSIDERANDO:

Que las actuaciones del Visto ingresaron a este Tribunal de Cuentas mediante la Nota N° 18/2023 Letra: M.O. y S.P. (fs. 172/175), suscripta por la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO.

Que a través de la mentada misiva, se solicitó el asesoramiento al Tribunal de Cuentas en el marco de lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial N° 50, bajo los siguientes términos: “(...) se solicita la colaboración y asesoramiento del dicho Órgano de Control Externo a los fines de determinar si es procedente dar curso a lo peticionado por la empresa CONINSA S.A. en su Nota Registrada bajo el N° 1339 de fecha 03/11/22, y bajo condiciones legales que permitan concluir con el objetivo final de esta tan importante obra para los fueguinos”.

Que la funcionaria aportó la presentación efectuada por la empresa CONINSA S.A., por la que se solicitó la modificación de los términos del contrato en razón del quebranto económico que le produciría continuar con la obra en esas condiciones que, por razones imprevisibles, excederían el riesgo normal asumido por la contratista.

Que a raíz de ello, se emitió el Informe Legal N° 30/2023 Letra: TCP-CA (fs. 176/186), dentro del cual en los antecedentes relevados se destacó la intervención del Secretario de Coordinación Legal de la Secretaría General, Legal

y Técnica, Dr. Milton FELLAY mediante el Dictamen N° 459/2022 S.C.L. (S.G.L. y T.), por el que, basándose en la teoría de la imprevisión, concluyó: “(...) esta Secretaría considera viable jurídicamente la adecuación contractual solicitada, teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente, en atención al interés público perseguido por la obra pública involucrada, en vista de su importancia para la comunidad” (fs. 154/161), y lo dicho por el “Estudio YMAZ Abogados”, en virtud de la locación de servicios que mantiene tal estudio con el Gobierno de la Provincia para asesoramiento jurídico, por cuyo Memorándum N° 4, concluyó: “(...) si efectivamente, tal como lo señala la Contratista, se demuestra la existencia de una distorsión sustancial en el equilibrio prestacional del Contrato que no resulta remediada por el régimen de redeterminación de precios imperante, es procedente recomponer de algún modo las pretensiones contractuales, de forma de alcanzar de nuevo ese equilibrio perdido de la ecuación económica contractual” (fs. 165/171).

Que teniendo como premisa dichos antecedentes, en el informe legal de marras se analizó lo siguiente: “(...) como aclaración preliminar, cabe destacar que, sin perjuicio del asesoramiento solicitado que corresponde formular en el marco de la Resolución Plenaria antes mencionada, ello no exime del control preventivo y posterior que este Tribunal de Cuentas deberá efectuar sobre la ejecución y pagos de la obra pública en cuestión, de acuerdo con la Planificación Anual 2023 aprobada por Resolución Plenaria N° 309/2022.

Dicho lo anterior, la consulta de la Ministro refiere específicamente a la posibilidad de readecuar los términos económicos del contrato registrado bajo el N° 20285, entre el Gobierno de la Provincia y la empresa CONINSA S.A. a los fines de la ejecución de la obra ‘Interconexión Gasoducto San Martín y Gasoducto Fueguino’.



"2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

En relación a ello, tal como se mencionó más arriba, el Secretario de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica, Dr. Milton FELLAY, mediante el Dictamen S.C.L. (S.G.L. y T.) N° 459/2022, analizó el caso desde el instituto de la teoría de la imprevisión.

Allí, refirió que: '(...) cuando se produce un desequilibrio en la ecuación económica y financiera, son los que habilitarían la aplicación de la llamada teoría de la imprevisión, y que por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, conforme a situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato.

(...) La referida teoría es un dispositivo jurídico que permite al contratista obtener un reajuste obligacional, es un remedio tendiente a reducir la onerosidad.

Las razones jurídicas que justifican su procedencia parten de la buena fe, de la equidad, de la equivalencia honesta de las prestaciones, con su aplicación se trata de reestablecer el equilibrio y quitar la excesiva onerosidad.

La teoría de la imprevisión, fue receptada en materia de contratos administrativos y por ende resulta aplicable al contrato de obra pública, atendiendo a las pautas previstas en la normativa y las que surgen de la interpretación que de este instituto proviene de la doctrina científica, de la PTN y la jurisprudencia'.

Por su parte, el 'Estudio IMAZ Abogados', también analizó la recomposición contractual pretendida sobre la base de la teoría de la imprevisión.

En el Memorándum N° 4, el estudio refirió que: '42. y en punto a la imprevisión propiamente dicha, que da lugar a la aplicación de la teoría citada, se sostiene que no es por necesidad absoluta, que está referida a circunstancias de cada caso y que se puede definir como aquella que supera los aleas normales

de la contratación entendidos esos aleas normales, 'como lo que se puede razonablemente decir que las partes han debido tener en cuenta en sus previsiones'.

(...) 59. Esa excesiva onerosidad con respecto a las previsiones del Contrato, hace aplicable la teoría de la imprevisión, en forma que se suma al sistema de redeterminación de precios de este Contrato'.

Ahora bien, a los fines de efectuar un estudio integro de la cuestión traída para asesoramiento, entiendo oportuno presentar los siguientes puntos de análisis de acuerdo con las cuestiones jurídicamente relevantes a considerar:

a. Readecuación de los términos económicos del contrato.

En primer lugar, resulta preciso destacar lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley provincial N° 1312, en tanto indicó: 'Autorízase al Poder Ejecutivo Provincial a adecuar la afectación de los recursos obtenidos por la aplicación del Artículo 12 de la Ley Provincial 1132, debiendo incluir como mínimo las siguientes obras: (...) VINCULACIÓN GASODUCTOS EN LA CIUDAD DE RÍO GRANDE'.

En ese sentido, la autorización para la adecuación de los recursos antes citados, implica en este caso la modificación de la fuente de financiamiento de la obra, siendo que la misma deberá afrontarse con los frutos obtenidos de las inversiones provinciales y no con recursos del Fideicomiso Austral como en su origen, lo que implica, además, que el sistema de redeterminación de precios que corresponde ser aplicado ahora es el local dispuesto por el Decreto provincial N° 73/2003.

De acuerdo con ello, a criterio de la suscripta, la autoridad consultante podría razonablemente renegociar los términos económicos del contrato -en la medida que exista algún supuesto de hecho nuevo que se subsuma



"2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

en una norma que lo permita-, sin sujeción a condiciones contractuales dispuestas por organismos nacionales que puedan limitar nuevos acuerdos.

b. Procedencia de la readecuación.

En lo que se refiere a la procedencia de la readecuación, corresponderá, en primer lugar, que la contratista demuestre el efectivo quebranto de la obra producto del desequilibrio económico generado por circunstancias ajenas a las partes, e imprevisibles.

De acuerdo con la documental agregada en los presentes obrados, surge como prueba del quebranto de la obra la planilla de cálculo comparativa del precio al momento de la oferta (con las redeterminaciones hasta abril de 2022), y el precio actual de cotización de la misma obra también al mes de abril de 2022.

Ahora bien, para demostrar el efectivo quebranto económico, no resultaría suficiente con acreditar las variaciones de los precios de los productos, materiales o mano de obra para la ejecución del trabajo, para inferir desde allí el mismo, pretendiendo, además, que la Administración abone la diferencia de precios existente entre el momento de la contratación y el costo que la obra tendría en la actualidad.

Al respecto, no se encuentra agregado a las presentes actuaciones un informe o apartado pormenorizado que permita justificar acabadamente, desde cuando se produjo el quebranto que aduce la empresa.

En este punto, es oportuno traer a consideración lo observado el respecto por el Estudio IMAZ, mediante el Memorándum N° 4 incorporado a fojas 165/171 de los presentes obrados, por el que se advirtió que: 'a) Esta obra fue contratada correctamente en su origen. Pues, los precios de origen del Contrato fueron considerados serios y no temerarios, por su relación con las otras ofertas en la licitación y con el presupuesto oficial, por lo que se la adjudicó válidamente como la oferta más conveniente'.

En ese sentido, en caso de que la contratista continúe con la intención de proceder a la readecuación de los términos económicos, correspondería que se acompañe un análisis técnico que indique con precisión desde qué momento de la ejecución del contrato, el valor de la obra contratada, más las redeterminaciones de precios y los anticipos financieros dejaron de representar el valor real de la misma a partir del cual corresponderá readecuar el precio abonado por la administración.

Una vez producida dicha información, la autoridad podría definir de manera razonable, los nuevos términos contractuales en razón del plan de la obra que la vincula a la contratista.

En ese andarivel, el acto que se dicte con los nuevos términos debería establecer claramente la etapa de ejecución de la obra que se estará readecuando, la que debería coincidir con la producción del quebranto y la solicitud de la contratista.

Es de destacar que, de forma previa al dictado del acto, se debería realizar un análisis económico y financiero que tal decisión implica en las arcas del Estado, a los fines de constatar su inocuidad o evaluar las medidas necesarias para dar solución a sus consecuencias.

Como corolario de lo anterior, es preciso indicar que los términos contractuales a renegociar deberían orientarse a restablecer la ecuación económica y financiera desde el momento en que se produjo el desequilibrio de la obra por cuestiones ajenas a las partes e imprevisibles al momento de la celebración del contrato y en la medida que se mantenga hasta la fecha de petición, manteniendo el resto sus términos y el sistema de redeterminación de precios que se pactó en el contrato.

c. Pautas y principios jurídicos para la readecuación.



"2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Una vez comprobada la procedencia de la readecuación de los términos económicos del contrato, por estar comprobado ese quebranto en el expediente en particular y acreditado que este no deba ser soportado por el contratista, sería preciso considerar aquellos principios y pautas que no deberían perderse de vista por parte de la Administración, tendientes a evitar posibles perjuicios económicos que tales decisiones podrían generar y que motiven, a su vez, la futura rescisión contractual, que es lo que en definitiva se pretende evitar mediante la herramienta de la readecuación.

Así, la doctrina tiene dicho que: 'No debe interpretarse que el contratista tiene derecho a exigir de su comitente la fijación de un nuevo precio. Su derecho sólo se limita a proponer y negociar con su contraparte el nivel de precios que él considera justo, sin perjuicio de que la Administración no los acepte por considerarlos excesivos o por otras fundadas razones que hagan a su conveniencia.

'(...) Dicho acuerdo de precios coadyuva a garantizar el mantenimiento dinámico del equilibrio de las prestaciones, sobre la base del establecimiento de una remuneración adecuada, de modo de no afectar el nivel de retribución pactado en su origen'. (DRUETTA, Ricardo Tomás – GUGLIELMINETTI Ana Patricia, 'Ley 13.064 de Obras Públicas, Comentada y anotada', Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 285/286).

Por su parte, en relación a la modificación de los contratos administrativos durante su ejecución, esta Secretaría Legal tiene dicho mediante el Informe Legal N° 180/2018, Letra: TCP-CA, que: '(...) no puede soslayarse la existencia de institutos en la normativa legal que podrían servir en principio a los propósitos buscados y tratar de encaminar una solución a los casos particulares de las tres empresas contratistas expuestos en el expediente, procurando un

Handwritten initials and marks in blue ink.

posible restablecimiento de la ecuación económico-financiera por su intermedio (...).

Al respecto de la readecuación de la ecuación económica del contrato, el mismo Informe Legal, indicó: ‘Esta caracterización de las herramientas creadas por la norma como excepcionales habilitaría su uso, a entender de esta parte, cuando los institutos ordinarios ya previstos normativamente no otorguen una solución, o ésta sea parcial o extemporánea, lo que se traduce a criterio del suscripto, en la necesidad de fundar expresamente el uso de estas herramientas en cada expediente en particular, mediante un informe técnico circunstanciado, que compare su uso con el uso de las otras herramientas ordinarias previstas, demostrando expresamente la ineficacia o insuficiencia de estas últimas y lo acertado y eficaz del uso de la herramienta extraordinaria otorgada por la resolución’.

Como pautas a considerar en oportunidad de determinar el ‘quantum’ del contrato, el Informe Legal antes mencionado, también advirtió que: ‘(...) deberá tenerse en cuenta en cada readecuación de los contratos y en especial en los considerandos que los autoricen, que esa situación no haya sido agravada por la falta o tardía ejecución de las obras por parte del contratista (art. 39 ley N° 13064) por incumplimiento del plan de trabajo o el retraso en la curva de inversión sin que exista causa de justificación, lo que deberá ser acreditado en el expediente de corresponder (...)’.

Por último, en relación a la readecuación del contrato (...) con el objeto de mantener la ecuación económico-financiera y permitir la continuidad de la obra, se debe tener en cuenta lo afirmado por calificada doctrina que sostiene: ‘Así las partes deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato en términos tales de reequilibrar el acuerdo originario. La regla básica es entonces que la parte favorecida debe



“2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia”

asumir el desequilibrio de las prestaciones con el objeto de mejorar equitativamente los efectos causados’.

c.1. Principio del esfuerzo compartido y la teoría de la imprevisión.

En líneas generales, el principio del esfuerzo compartido implica que, ante una excesiva onerosidad sobreviniente, se inste a las partes a componer sus intereses renegociando el contrato, procurando siempre evitar su extinción; a diferencia de la teoría de la imprevisión del artículo 1091 del Código Civil y Comercial que otorgaría, además, en caso de no llegar a un acuerdo, el derecho a la contratista perjudicada a pedir la resolución del contrato, extinguiéndolo.

En ese sentido, como se dijo, si bien ambos institutos comparten el mismo fin jurídico relativo a la recomposición de la ecuación económica contractual, fundamentar la renegociación del contrato en los términos de la teoría de la imprevisión sin matices, daría lugar a que el contratista pueda rescindir el contrato, en caso de no estar de acuerdo con los nuevos términos.

Motivo por el cual, entiendo que la teoría de la imprevisión, llevada al campo del derecho administrativo, debería ser modulada en su aplicación atento al principio del esfuerzo compartido, cuya finalidad es evitar, justamente, la extinción del contrato.

Dicho en otras palabras, la distribución del esfuerzo se sustenta en el principio de conservación del contrato, revisándolo para lograr un reajuste de sus términos, sin resolverlo.

Esta interpretación, echa por la borda la advertencia esgrimida por la contratista en cuanto sostuvo que: ‘Por lo tanto, dadas las características particulares de la contratación, se solicita – en forma excepcional- la revisión del precio total del contrato a fin que de común acuerdo entre las partes se obtenga un precio justo para la ejecución de las tareas, se revise y mejore el sistema de redeterminaciones de precio y de reconocimiento del costo financiero. De no

accederse a ello, se solicitará requerir judicialmente la extinción del contrato por aplicación del artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que la prestación de la contratista se tornó excesivamente onerosa, impidiendo su continuación (...)' (el destacado es propio).

Así, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar otros institutos tales como el del artículo 53 de la Ley N° 13.064, no podría el contratista fundar su derecho de rescisión contractual basado en la teoría de la imprevisión, en tanto que la readecuación de los términos económicos contractuales fundamentado en el esfuerzo compartido intenta justamente evitar la rescisión contractual, en razón del fin público que reviste la obra.

De acuerdo, entonces, con el mencionado principio la parte perjudicada por las medidas no podría pretender la recomposición absoluta del equilibrio inicial, sino solo expurgar al contrato de la flagrante injusticia que las nuevas circunstancias le han impuesto, por lo que ambas partes deben aportar su cuota de sacrificio.

En ese sentido, una vez probado acabadamente el quebranto económico de la obra, ambas partes – contratista y comitente – se encontrarán en condiciones de determinar el esfuerzo que deberá soportar cada parte, para evitar el perjuicio empresario y evitar la rescisión contractual.

d) Alea normal de negociación.

No puede perderse de vista en la cuantificación del desfasaje, el alea normal que las partes deben soportar en toda negociación, y que no correspondería tenerlas por objeto de readecuación.

En relación a ello, la Corte Suprema de Justicia en oportunidad de pronunciarse en los casos 'Bonfanti di Biasio S. C.-Enrieto E. C.' y, más recientemente, en 'Construcciones Industriales y Civiles y en 'Glikstein-Enrieto U.T.E.' señaló que: '(...) quien contrata con el Estado, al igual que los demás



“2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia”

empresarios que operan en la misma sociedad política, se ve expuesto a un álea normal en sus negocios, lo que puede llevarle a sufrir perjuicios ordinarios o disminuciones en la rentabilidad esperada (...).

‘Dicho en otras palabras: la protección de la ecuación económico-financiera del contrato no implica sustracción de los riesgos ordinarios en el campo de los negocios, sino protección de los perjuicios que correspondan al álea anormal de los mismos, protección que según los supuestos fácticos, puede lograrse mediante el reconocimiento de los mayores costos -ajeno, como se verá, a las condiciones del contrato ahora analizado- o de la teoría de la imprevisión (criterio de ‘Laromet’, A. y S. T. 79, pág. 107).

Ello significa que quien contrata con la Administración obtiene a cambio del ‘opus’ que realiza una retribución que, ‘prima facie’, satisface el precio de los trabajos ejecutados por el cocontratante, y no puede legítimamente pretenderse que la Administración deba hacerse cargo de cualquier perjuicio eventual que pueda sufrir el contratista durante la ejecución de los trabajos, excepción hecha de las situaciones que expresamente contempla la normativa aplicable a cada caso o de aquellas otras que puedan ser admitidas desde la óptica de la imprevisión.

Por lo tanto, si la actora por alguna razón entiende que los términos económicos del contrato se han tornado irrepresentativos, debe acreditar o bien el incumplimiento contractual de la comitente o la configuración de los requisitos que permiten la excepcional revisión del contrato; y no limitarse únicamente a reclamar, como una exigencia de la justicia distributiva, el reconocimiento de los mayores costos que, según dice, debió soportar’.

A su vez, con el voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en los autos ‘Desaci SA y otros v. Ferrocarriles Argentinos s/ contrato de obra pública’, del 28/6/2005, se sostuvo

*“Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos”*

que: '(...) es principio generalmente aceptado que el contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las pérdidas derivadas con relación al caso fortuito y extraordinarios o hechos del príncipe; y **sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y a la recomposición del contrato, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisiones ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato (...)**, tal principio significa, en consecuencia, que **el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas**' (el destacado no es original).

De esta manera, resultando procedente la readecuación, las partes se encontrarían en condiciones de determinar la proporción del perjuicio que cada parte deberá soportar, de acuerdo con los principios expuestos con anterioridad, excluyendo el alea normal que el contratista debe sostener.

f. Sistema de redeterminación de precios.

De acuerdo con el instituto de la redeterminación de precios, ante el supuesto de que los límites normales que debe soportar la contratista sean superados por la realidad inflacionaria que atraviesa nuestra economía, surge tal mecanismo tendiente a forzar el restablecimiento de las condiciones económicas, estabilizando los precios.

En ese marco, la 'Redeterminación de Precios', se torna exigible cuando el costo de los factores tales como materiales, mano de obra, equipos, y todo elemento considerado significativo para continuar ejecutando la obra, reflejan una variación que supera el alea normal que deben soportar las partes.

Cabe agregar que el Contrato firmado en noviembre de 2020, establecía un régimen de redeterminación de precios autorizado por el Decreto N° 691/2016, en tanto que la obra sería financiada con fondos del Estado Nacional mediante el Fideicomiso Austral.



“2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia”

Luego, ante la sanción de la Ley provincial N° 1312, como se mencionó más arriba, la Legislatura provincial autorizó al Poder Ejecutivo a adecuar la afectación de los recursos obtenidos por la aplicación del artículo 12 de la Ley provincial N° 1132, incluyendo entre las obras la del gasoducto en análisis.

Ello, generó que se modifique el Pliego de Bases y Condiciones de la Obra, sustituyendo el régimen de redeterminación de precios que ahora sería el autorizado por el Decreto provincial N° 73/2003.

De ahí que, de acuerdo con la documentación acompañada en los presentes obrados, si bien la obra pública en cuestión que fue adjudicada por la suma de \$826.777.628,00 en noviembre de 2020 (precio serio y no temerario), dicho precio fue redeterminado mediante las siguientes Resoluciones:

- Resolución MOySP N° 537/2021: Se aprobaron redeterminaciones de precios por los meses de enero, junio, septiembre y noviembre de 2020 y febrero de 2021, por un monto de \$425.949.746,01.
- Resolución MOySP N° 345/2022: Se aprobaron redeterminaciones de precios correspondientes a los meses de abril, julio y octubre de 2021 y enero de 2022, por un total de \$318.762.668,74.
- Resolución MOySP N° 463/2022: se aprobaron redeterminaciones de precios a los meses de marzo de 2022 por \$70.823.931,05.

Ahora bien, sin perjuicio de las redeterminaciones de precios antes mencionadas, la contratista adujo la insuficiencia de tal herramienta señalando que: ‘Cuando el sistema de redeterminación no alcanza para evitar el desequilibrio de las prestaciones, se debe acudir a la figura de la renegociación del contrato’.

Tal como se mencionó más arriba, recaerá en la contratista la demostración del quebranto de la obra y la insuficiencia de la herramienta de la

“Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos

e insulares correspondientes son argentinos”

redeterminación de precios previo a que la Administración analice el restablecimiento de algún equilibrio en las prestaciones.

Comprobado ello, sería procedente la readecuación del valor de la obra para continuar con la ejecución del 67.1% faltante, de acuerdo con el nuevo precio y la posibilidad de renegociar nuevamente los términos si nuevas circunstancias vuelven a desequilibrar las prestaciones durante su ejecución.

Entonces, la renegociación de los términos económicos del contrato debería comprender, en definitiva, desde la fecha del quebranto acreditado (por insuficiencia del régimen de redeterminación de precios) y hasta la solicitud efectuada por el contratista, manteniéndose el resto de las condiciones vigentes, es decir que para el porcentaje restante de obra faltante (67.1%), se continuará aplicando el régimen de redeterminación de precios vigente”.

Que en función de lo analizado, en el informe se concluyó que: “(...) En primer lugar, en relación a la: ‘(...) revisión del precio total del contrato a fin que de común acuerdo entre las partes se obtenga un precio justo para la adecuación de las tareas (...)’, la misma resultaría procedente en la medida en que se tengan en cuenta los recaudos expuestos en el presente Informe y aquellos expuestos en el Dictamen S.C.L. (S.G. L y T.) N° 459/2022 y en el Memorándum N° 4, del ‘Estudio IMAZ’.

Así, entiendo que tal revisión debería efectuarse sobre la base del principio del esfuerzo compartido, distribuyendo el sacrificio que ambas partes deberán soportar a los fines de no rescindir la contratación y ejecutar la obra pública en cuestión, de relevancia para la Provincia.

En ese sentido, demostrado el quebranto y la fecha de su producción, la revisión debería comprender desde ese momento hasta la solicitud efectuada por el contratista, manteniéndose el resto de las condiciones vigentes, sin perjuicio



"2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

de considerar que al porcentaje restante de obras faltante (67.1%), se le continuará aplicando el régimen de redeterminación de precios vigente.

Además, estos recaudos, como aquellos señalados a lo largo del presente, deberán ser corroborados y analizados en un informe técnico circunstanciado por parte de la Administración, previo a la suscripción del acto de readecuación.

Por su parte, de acuerdo a la petición vinculada a que: '(...) se revise y mejore el sistema de redeterminaciones de precios (...)', entiendo la misma no resultaría oportuna en tanto que se trata de un instituto del contrato que tiene como objeto mantener el equilibrio económico a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de precios, y que resulta aplicable por ser el sistema legal vigente (Decreto provincial N° 73/2003).

Además, si bien el sistema legal de redeterminación de precios, en causas excepcionales, puede no resultar adecuado en algún momento de la ejecución del contrato (y por eso se podría analizar su ajuste de acuerdo con otros mecanismos como readecuación de precios), puede encontrarse ventajoso en algún otro, por lo que no corresponde considerar sistemas de redeterminación de precios a medida para cada obra y variables de acuerdo con la coyuntura del momento.

Por último, en cuanto a la solicitud referida al: '(...) reconocimiento del costo financiero (...)', entiendo que habrá de estarse a las herramientas que a tales fines ofrece el sistema normativo, entre ellas la Ley N° 13.064, (como ser mediante el artículo 48), las que deberán ser evaluadas por la Administración en oportunidad de los requerimientos que efectúe la contratista, determinando en cada caso particular, si corresponde su aplicación y procedencia conforme a ello.

Finalmente, a criterio de la suscripta se sugiere solicitar la intervención del Grupo Especial de Obras Públicas dependiente de la Secretaría

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos

e insulares correspondientes son argentinos"

Contable de este Tribunal de Cuentas para que, a través de sus especialistas contadores y técnicos, se analice el pedido del MOySP y aporte desde su visión, aquellas cuestiones que entienda necesarias en este pedido de asesoramiento (...).

Que a fs. 187, el Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, en su Nota Interna N° 333/2023 Letra: TCP-SL, compartió los términos del informe legal citado.

Que seguidamente se dio intervención al GEOP (Grupo Especial de Obra Pública) de este Órgano de Control, emitiéndose el Informe Técnico N° 052/2023 Letra: TCP – SC – AT (fs. 189/191) y el Informe Contable N° 368/2023, Letra: TCP – AOP (192/196).

Que en el primero de ellos (Informe Técnico), se concluyó que: “(...) De acuerdo al análisis precedente, entiendo que un primero paso sería solicitar a la contratista, teniendo en cuenta lo analizado en los puntos 5. y 6. del presente, aporte los cálculos y documentación que considere necesarios para acreditar el desfasaje y readecuación que reclama. En segundo lugar y teniendo en cuenta lo analizado en el punto 5. del presente, debiera darse intervención a los técnicos de planta del Ministerio y del área de Redeterminaciones de precios, a efectos de que verifiquen dichos cálculos y documentación aportados por la Contratista y opinen acerca de la correspondencia o no del reclamo. Por último y teniendo en cuenta lo analizado en el punto 4. del presente más la nueva documentación aportada y el análisis técnico de los agentes estatales de planta intervinientes, correspondería la definición por parte de las áreas legales que correspondan (...).”

Que en el segundo de ellos (informe contable), se concluyó que: “En función al análisis realizado, se comparte el criterio legal respecto de la posibilidad de renegociar el contrato bajo las premisas de la teoría de la imprevisión y del esfuerzo compartido, teniendo en cuenta para ello:



"2023 – 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

- *La determinación por parte de la contratista del momento en que se produce el quebranto de la ecuación económico financiera de la obra, como consecuencia de factores imprevisibles, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en el análisis del presente informe.*
- *A partir de la determinación de dicho hito, realizar por parte del área técnica del MOySP una evaluación de dicha presentación a los fines de dar lugar a la renegociación de los términos económicos del contrato, teniendo en cuenta el principio del esfuerzo compartido.*
- *Finalmente, respecto de la solicitud de revisar y mejorar el sistema de redeterminación de precios a aplicar, entendemos que no corresponde, sino que se deberán mantener el resto de los términos del contrato pactados originariamente (...)"*.

Que a fs. 197/199, el Secretario Contable a cargo, C.P. David R. BEHRENS tomó conocimiento de los informes hasta aquí mencionados, sin formular observación alguna, elevando las actuaciones al Cuerpo Plenario de Miembros, a efectos de que luego de su tratamiento, se notifiquen las conclusiones a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela Castillo.

Que, en consecuencia, cabe precisar que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos del Informe Legal N° 30/2023 Letra: TCP-CA, del Informe Técnico N° 052/2023 Letra: TCP-SC-AT y del Informe Contable N° 368/2023 Letra: TCP-AOP, correspondiendo emitir el presente acto y remitir en devolución las actuaciones a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela Castillo, a quien se le hace saber que deberá instruir a las áreas que resulten pertinentes respecto a los alcances de los informes que aquí se comparten.

Que la presente se emite con el quórum previsto en el artículo 27 de la Ley provincial N° 50, en virtud de la Resolución Plenaria N° 30/2023.

*"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"*

Que los suscriptos se encuentran facultados para emitir el presente en virtud de lo dispuesto por los artículos 1º, 2º inciso i), 26, 27 y concordantes de la Ley provincial N° 50.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º.- Compartir y hacer propios los términos del Informe Legal N° 30/2023 Letra: TCP-CA, del Informe Técnico N° 052/2023 Letra: TCP-SC-AT y del Informe Contable N° 368/2023 Letra: TCP-AOP, los que forman parte integrante de la presente. Ello, en virtud de lo expuesto en los considerandos.

ARTÍCULO 2º.- Hacer saber a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela Castillo, que deberá instruir a las áreas que resulten pertinentes, a efectos de que tomen conocimiento y, oportunamente, adopten las medidas plasmadas en los informes que se comparten en el artículo 1º.

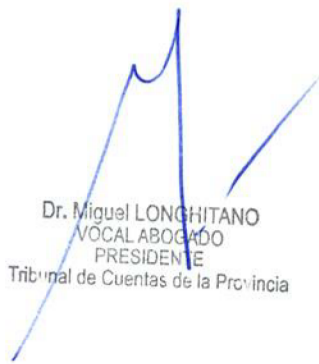
ARTÍCULO 3º.- Notificar con devolución de las actuaciones a la Ministra de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela Castillo.

ARTÍCULO 4º.- Notificar al Secretario Contable a cargo, C.P. David Ricardo BEHRENS, y por su intermedio a los miembros del Grupo Especial de Obra Pública (GEOP); y al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo Esteban GENNARO, y por su intermedio a la letrada dictaminante.

ARTÍCULO 5º.- Registrar, publicar. Cumplido. Archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA N° 202 /2023.


G.P.N. Hugo Sebastián PANI
VOCAL DE AUDITORÍA
Tribunal de Cuentas de la Provincia


Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Informe Legal N.º 30/2023

Letra: T.C.P.-C.A.

Cde.: Expte. N° 75426/2022

Letra: M.O.S.P. – E.

Ushuaia, 23 de febrero de 2023

SEÑOR SECRETARIO LEGAL
DR. PABLO E. GENNARO

Viene a este Cuerpo de Abogados el expediente del corresponde, perteneciente al registro del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, caratulado: *"SOLICITUD RENEGOCIACIÓN CONTRATO OBRA 'INTERCONEXIÓN GASODUCTO SAN MARTÍN Y GASODUCTO FUEGUINO'-LIC. PUB. 16 2019-EXPTE. ADMIN. 10466 MO-CONTRAT. CONINSA S.A."*, a fin de tomar intervención y emitir el dictamen jurídico pertinente.

I. ANTECEDENTES

Las presentes actuaciones se iniciaron con motivo de la Nota N.º 18/2023, Letra: M.O. y S.P. suscripta por la Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela CASTILLO.

A través de la mentada misiva, se solicitó el asesoramiento al Tribunal de Cuentas en el marco de lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial N.º 50, bajo los siguientes términos: *"(...) se solicita la*
"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos

e insulares correspondientes son argentinos"

colaboración y asesoramiento del dicho Órgano de Control Externo a los fines de determinar si es procedente dar curso a lo peticionado por la empresa CONINSA S.A. en su Nota Registrada bajo el N° 1339 de fecha 03/11/22, y bajo condiciones legales que permitan concluir con el objetivo final de esta tan importante obra para los fueguinos”.

Junto con la mencionada Nota, se acompañó la presentación efectuada por la empresa CONINSA S.A., por la que se solicitó la modificación de los términos del contrato en razón del quebranto económico que le produciría continuar con la obra en esas condiciones que, por razones imprevisibles, excederían el riesgo normal asumido por la contratista.

Como antecedentes, lucen en los obrados, la intervención del Secretario de Coordinación Legal de la Secretaría General, Legal y Técnica, Dr. Milton FELLAY mediante el Dictamen N.º 459/2022 S.C.L. (S.G.L. y T.), por el que, basándose en la teoría de la imprevisión, concluyó: “(...) esta Secretaría considera viable jurídicamente la adecuación contractual solicitada, teniendo en cuenta la documentación obrante en el expediente, en atención al interés público perseguido por la obra pública involucrada, en vista de su importancia para la comunidad”.

A continuación, obra la participación del “Estudio YMAZ Abogados” en virtud de la locación de servicios que mantiene tal estudio con el Gobierno de la Provincia para asesoramiento jurídico, por cuyo Memorándum N° 4, concluyó: “(...) si efectivamente, tal como lo señala la Contratista, se demuestra la existencia de una distorsión sustancial en el equilibrio prestacional del Contrato que no resulta remediada por el régimen de redeterminación de precios imperante, es procedente recomponer de algún modo las pretensiones contractuales, de forma

MB



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

de alcanzar de nuevo ese equilibrio perdido de la ecuación económica contractual".

De esta manera, llegan las presentes actuaciones a los fines de emitir opinión al respecto.

II. ANÁLISIS

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial N.º 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria N.º 124/2016.

En su Anexo I, se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por las máximas autoridades de los poderes del Estado provincial, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados.

Específicamente, el mentado capítulo, en su artículo 1º, dispone:
"(...) El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial N° 50, se realizará bajo las siguientes condiciones:

- a) Que la consulta se refiera a materias de competencia de este
Órgano de Control.

b) Que la duda que resulta objeto de consulta se formule de manera clara y precisa, indicando las razones que ameritan la requisitoria.

c) Que se acompañen los antecedentes documentales y toda otra información relevante que coadyuve a la eficacia de la respuesta requerida. Deberá adjuntarse copia fiel debidamente certificada de la documentación, cuando el caso así lo requiera.

d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen, el que deberá contener: i) Resumen de la cuestión objeto de la consulta; ii) Relación de los antecedentes y circunstancias que sirvan como elemento de juicio para resolver; iii) Análisis específico, exhaustivo y profundo de la situación concreta objeto de consulta y iv) Opinión concreta, fundada en las normas jurídicas o antecedentes aplicables al caso tratado (...).

e) Que sean incluidos dictámenes o informes técnicos emitidos por el órgano competente, cuando la materia de consulta así lo requiriese (...). Los informes deben ser completos, abarcar todos los aspectos del asunto, circunstancias o antecedentes y fundamentarse en las disposiciones vigentes. Además los informes deberán ser serios, precisos y razonables y no deberán adolecer de arbitrariedad aparente ni contar con elementos de juicio que destruyan su valor.

f) Que la consulta se realice con anterioridad a la emisión del acto administrativo (...)."

MB



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

En esta instancia, las condiciones enumeradas con anterioridad se encuentran cumplidas, puesto que la solicitud de asesoramiento fue remitida por la Ministro de Obras y Servicios Públicos, Prof. María Gabriela Castillo, junto con la documentación pertinente para su análisis, además de los informes y dictámenes correspondientes, por cuanto entiendo adecuado dar curso al tratamiento de los presentes obrados, por encontrarse cumplimentados todos los requisitos exigidos por la Resolución Plenaria N° 124/2016.

Ahora bien, como aclaración preliminar, cabe destacar que, sin perjuicio del asesoramiento solicitado que corresponde formular en el marco de la Resolución Plenaria antes mencionada, ello no exime del control preventivo y posterior que este Tribunal de Cuentas deberá efectuar sobre la ejecución y pagos de la obra pública en cuestión, de acuerdo con la Planificación Anual 2023 aprobada por Resolución Plenaria N° 309/2022.

Dicho lo anterior, la consulta de la Ministro refiere específicamente a la posibilidad de readecuar los términos económicos del contrato registrado bajo el N° 20285, entre el Gobierno de la Provincia y la empresa CONINSA S.A. a los fines de la ejecución de la obra *"Interconexión Gasoducto San Martín y Gasoducto Fueguino"*.

En relación a ello, tal como se mencionó más arriba, el Secretario de Coordinación Legal de la Secretaría General Legal y Técnica, Dr. Milton FELLAY, mediante el Dictamen S.C.L. (S.G.L. y T.) N° 459/2022, analizó el caso desde el instituto de la teoría de la imprevisión.

Allí, refirió que: “(...) cuando se produce un desequilibrio en la ecuación económica y financiera, son los que habilitarían la aplicación de la llamada teoría de la imprevisión, y que por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, conforme a situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato.

(...) La referida teoría es un dispositivo jurídico que permite al contratista obtener un reajuste obligacional, es un remedio tendiente a reducir la onerosidad.

Las razones jurídicas que justifican su procedencia parten de la buena fe, de la equidad, de la equivalencia honesta de las prestaciones, con su aplicación se trata de reestablecer el equilibrio y quitar la excesiva onerosidad.

La teoría de la imprevisión, fue receptada en materia de contratos administrativos y por ende resulta aplicable al contrato de obra pública, atendiendo a las pautas previstas en la normativa y las que surgen de la interpretación que de este instituto proviene de la doctrina científica, de la PTN y la jurisprudencia”.

Por su parte, el “Estudio IMAZ Abogados”, también analizó la recomposición contractual pretendida sobre la base de la teoría de la imprevisión.

En el Memorándum N° 4, el estudio refirió que: “42. Y en punto a la imprevisión propiamente dicha, que da lugar a la aplicación de la teoría citada, se sostiene que no es por necesidad absoluta, que está referida a circunstancias de cada caso y que se puede definir como aquella que supera los aleas normales de la contratación entendidos esos aleas normales, como lo que se puede



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

razonablemente decir que las partes han debido tener en cuenta en sus previsiones'.

(...) 59. Esa excesiva onerosidad con respecto a las previsiones del Contrato, hace aplicable la teoría de la imprevisión, en forma que se suma al sistema de redeterminación de precios de este Contrato".

Ahora bien, a los fines de efectuar un estudio integro de la cuestión traída para asesoramiento, entiendo oportuno presentar los siguientes puntos de análisis de acuerdo con las cuestiones jurídicamente relevantes a considerar:

a. Readecuación de los términos económicos del contrato.

En primer lugar, resulta preciso destacar lo dispuesto por el artículo 18 de la Ley provincial N° 1312, en tanto indicó: *"Autorízase al Poder Ejecutivo Provincial a adecuar la afectación de los recursos obtenidos por la aplicación del Artículo 12 de la Ley Provincial 1132, debiendo incluir como mínimo las siguientes obras: (...) VINCULACION GASODUCTOS EN LA CIUDAD DE RIO GRANDE"*.

En ese sentido, la autorización para la adecuación de los recursos antes citados, implica en este caso la modificación de la fuente de financiamiento de la obra, siendo que la misma deberá afrontarse con los frutos obtenidos de las inversiones provinciales y no con recursos del Fideicomiso Austral como en su origen, lo que implica, además, que el sistema de redeterminación de precios que corresponde ser aplicado ahora es el local dispuesto por el Decreto provincial N° 73/2003.

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes son argentinos"

De acuerdo con ello, a criterio de la suscripta, la autoridad consultante podría razonablemente renegociar los términos económicos del contrato –en la medida que exista algún supuesto de hecho nuevo que se subsuma en una norma que lo permita-, sin sujeción a condiciones contractuales dispuestas por organismos nacionales que puedan limitar nuevos acuerdos.

b. Procedencia de la readecuación.

En lo que se refiere a la procedencia de la readecuación, corresponderá, en primer lugar, que la contratista demuestre el efectivo quebranto de la obra producto del desequilibrio económico generado por circunstancias ajenas a las partes, e imprevisibles.

De acuerdo con la documental agregada en los presentes obrados, surge como prueba del quebranto de la obra la planilla de cálculo comparativa del precio al momento de la oferta (con las redeterminaciones hasta abril de 2022), y el precio actual de cotización de la misma obra también al mes de abril de 2022.

Ahora bien, para demostrar el efectivo quebranto económico, no resultaría suficiente con acreditar las variaciones de los precios de los productos, materiales o mano de obra para la ejecución del trabajo, para inferir desde allí el mismo, pretendiendo, además, que la Administración abone la diferencia de precios existente entre el momento de la contratación y el costo que la obra tendría en la actualidad.

Al respecto, no se encuentra agregado a las presentes actuaciones un informe o apartado pormenorizado que permita justificar acabadamente, desde cuando se produjo el quebranto que aduce la empresa.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

En este punto, es oportuno traer a consideración lo observado el respecto por el Estudio IMAZ, mediante el Memorándum N° 4 incorporado a fojas 165/171 de los presentes obrados, por el que se advirtió que: *"a) Esta obra fue contratada correctamente en su origen. Pues, los precios de origen del Contrato fueron considerados serios y no temerarios, por su relación con las otras ofertas en la licitación y con el presupuesto oficial, por lo que se la adjudicó válidamente como la oferta más conveniente"*.

En ese sentido, en caso de que la contratista continúe con la intención de proceder a la readecuación de los términos económicos, correspondería que se acompañe un análisis técnico que indique con precisión desde qué momento de la ejecución del contrato, el valor de la obra contratada, más las redeterminaciones de precios y los anticipos financieros dejaron de representar el valor real de la misma a partir del cual corresponderá readecuar el precio abonado por la administración.

Una vez producida dicha información, la autoridad podría definir de manera razonable, los nuevos términos contractuales en razón del plan de la obra que la vincula a la contratista.

En ese andarivel, el acto que se dicte con los nuevos términos debería establecer claramente la etapa de ejecución de la obra que se estará readecuando, la que debería coincidir con la producción del quebranto y la solicitud de la contratista.

Es de destacar que, de forma previa al dictado del acto, se debería realizar un análisis económico y financiero que tal decisión implica en las arcas del Estado, a los fines de constatar su inocuidad o evaluar las medidas necesarias para dar solución a sus consecuencias.

Como corolario de lo anterior, es preciso indicar que los términos contractuales a renegociar deberían orientarse a restablecer la ecuación económica y financiera desde el momento en que se produjo el desequilibrio de la obra por cuestiones ajenas a las partes e imprevisibles al momento de la celebración del contrato y en la medida que se mantenga hasta la fecha de petición, manteniendo el resto sus términos y el sistema de redeterminación de precios que se pactó en el contrato.

c. Pautas y principios jurídicos para la readecuación.

Una vez comprobada la procedencia de la readecuación de los términos económicos del contrato, por estar comprobado ese quebranto en el expediente en particular y acreditado que este no deba ser soportado por el contratista, sería preciso considerar aquellos principios y pautas que no deberían perderse de vista por parte de la Administración, tendientes a evitar posibles perjuicios económicos que tales decisiones podrían generar y que motiven, a su vez, la futura rescisión contractual, que es lo que en definitiva se pretende evitar mediante la herramienta de la readecuación.

Así, la doctrina tiene dicho que: *“No debe interpretarse que el contratista tiene derecho a exigir de su comitente la fijación de un nuevo precio. Su derecho sólo se limita a proponer y negociar con su contraparte el nivel de precios que él considera justo, sin perjuicio de que la Administración no los acepte*





"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

por considerarlos excesivos o por otras fundadas razones que hagan a su conveniencia.

"(...) Dicho acuerdo de precios coadyuva a garantizar el mantenimiento dinámico del equilibrio de las prestaciones, sobre la base del establecimiento de una remuneración adecuada, de modo de no afectar el nivel de retribución pactado en su origen. (DRUETTA, Ricardo Tomás – GUGLIELMINETTI Ana Patricia, "Ley 13.064 de Obras Públicas, Comentada y anotada", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 285/286).

Por su parte, en relación a la modificación de los contratos administrativos durante su ejecución, esta Secretaría Legal tiene dicho mediante el Informe Legal N° 180/2018, Letra: TCP-CA, que: "(...) no puede soslayarse la existencia de institutos en la normativa legal que podrían servir en principio a los propósitos buscados y tratar de encaminar una solución a los casos particulares de las tres empresas contratistas expuestos en el expediente, procurando un posible restablecimiento de la ecuación económico-financiera por su intermedio (...).

Al respecto de la readecuación de la ecuación económica del contrato, el mismo Informe Legal, indicó: "Esta caracterización de las herramientas creadas por la norma como excepcionales habilitaría su uso, a entender de esta parte, cuando los institutos ordinarios ya previstos normativamente no otorguen una solución, o ésta sea parcial o extemporánea, lo que se traduce a criterio del suscripto, en la necesidad de fundar expresamente el uso de estas herramientas en cada expediente en particular, mediante un informe técnico circunstanciado, que compare su uso con el uso de las otras herramientas

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"

ordinaras previstas, demostrando expresamente la ineficacia o insuficiencia de estas últimas y lo acertado y eficaz del uso de la herramienta extraordinaria otorgada por la resolución”.

Como pautas a considerar en oportunidad de determinar el “quantum” del contrato, el Informe Legal antes mencionado, también advirtió que: “(...) deberá tenerse en cuenta en cada readecuación de los contratos y en especial en los considerandos que los autoricen, que esa situación no haya sido agravada por la falta o tardía ejecución de las obras por parte del contratista (art. 39 ley N° 13064) por incumplimiento del plan de trabajo o el retraso en la curva de inversión sin que exista causa de justificación, lo que deberá ser acreditado en el expediente de corresponder (...)”.

Por último, en relación a la readecuación del contrato (...) con el objeto de mantener la ecuación económico-financiera y permitir la continuidad de la obra, se debe tener en cuenta lo afirmado por calificada doctrina que sostiene: ‘Así las partes deben coparticipar los riesgos sobrevenidos y causantes de la alteración del equilibrio económico del contrato en términos tales de reequilibrar el acuerdo originario. La regla básica es entonces que la parte favorecida debe asumir el desequilibrio de las prestaciones con el objeto de mejorar equitativamente los efectos causados’.

c.1. Principio del esfuerzo compartido y la teoría de la imprevisión.

En líneas generales, el principio del esfuerzo compartido implica que, ante una excesiva onerosidad sobreviniente, se inste a las partes a componer sus intereses renegociando el contrato, procurando siempre evitar su extinción; a diferencia de la teoría de la imprevisión del artículo 1091 del Código Civil y





"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Comercial que otorgaría, además, en caso de no llegar a un acuerdo, el derecho a la contratista perjudicada a pedir la resolución del contrato, extinguiéndolo.

En ese sentido, como se dijo, si bien ambos institutos comparten el mismo fin jurídico relativo a la recomposición de la ecuación económica contractual, fundamentar la renegociación del contrato en los términos de la teoría de la imprevisión sin matices, daría lugar a que el contratista pueda rescindir el contrato, en caso de no estar de acuerdo con los nuevos términos.

Motivo por el cual, entiendo que la teoría de la imprevisión, llevada al campo del derecho administrativo, debería ser modulada en su aplicación atento al principio del esfuerzo compartido, cuya finalidad es evitar, justamente, la extinción del contrato.

Dicho en otras palabras, la distribución del esfuerzo se sustenta en el principio de conservación del contrato, revisándolo para lograr un reajuste de sus términos, sin resolverlo.

Esta interpretación, echa por la borda la advertencia esgrimida por la contratista en cuanto sostuvo que: *"Por lo tanto, dadas las características particulares de la contratación, se solicita – en forma excepcional- la revisión del precio total del contrato a fin que de común acuerdo entre las partes se obtenga un precio justo para la ejecución de las tareas, se revise y mejore el sistema de redeterminaciones de precio y de reconocimiento del costo financiero. De no accederse a ello, se solicitará requerir judicialmente la extinción del contrato por aplicación del artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, ya*

que la prestación de la contratista se tornó excesivamente onerosa, impidiendo su continuación (...)” (el destacado es propio).

Así, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar otros institutos tales como el del artículo 53 de la Ley N° 13.064, no podría el contratista fundar su derecho de rescisión contractual basado en la teoría de la imprevisión, en tanto que la readecuación de los términos económicos contractuales fundamentado en el esfuerzo compartido intenta justamente evitar la rescisión contractual, en razón del fin público que reviste la obra.

De acuerdo, entonces, con el mencionado principio la parte perjudicada por las medidas no podría pretender la recomposición absoluta del equilibrio inicial, sino solo expurgar al contrato de la flagrante injusticia que las nuevas circunstancias le han impuesto, por lo que ambas partes deben aportar su cuota de sacrificio.

En ese sentido, una vez probado acabadamente el quebranto económico de la obra, ambas partes – contratista y comitente – se encontrarán en condiciones de determinar el esfuerzo que deberá soportar cada parte, para evitar el perjuicio empresario y evitar la rescisión contractual.

d) Alea normal de negociación.

No puede perderse de vista en la cuantificación del desfasaje, el alea normal que las partes deben soportar en toda negociación, y que no correspondería tenerlas por objeto de readecuación.

En relación a ello, la Corte Suprema de Justicia en oportunidad de pronunciarse en los casos "*Bonfanti di Biasio S. C.-Enrieto E. C.*" y, más



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

recientemente, en "Construcciones Industriales y Civiles y en "Glikstein-Enrieto U.T.E." señaló que: "(...) quien contrata con el Estado, al igual que los demás empresarios que operan en la misma sociedad política, se ve expuesto a un álea normal en sus negocios, lo que puede llevarle a sufrir perjuicios ordinarios o disminuciones en la rentabilidad esperada (...)".

"Dicho en otras palabras: la protección de la ecuación económico-financiera del contrato no implica sustracción de los riesgos ordinarios en el campo de los negocios, sino protección de los perjuicios que correspondan al álea anormal de los mismos, protección que según los supuestos fácticos, puede lograrse mediante el reconocimiento de los mayores costos -ajeno, como se verá, a las condiciones del contrato ahora analizado- o de la teoría de la imprevisión (criterio de "Laromet", A. y S. T. 79, pág. 107).

Ello significa que quien contrata con la Administración obtiene a cambio del 'opus' que realiza una retribución que, 'prima facie', satisface el precio de los trabajos ejecutados por el cocontratante, y no puede legítimamente pretenderse que la Administración deba hacerse cargo de cualquier perjuicio eventual que pueda sufrir el contratista durante la ejecución de los trabajos, excepción hecha de las situaciones que expresamente contempla la normativa aplicable a cada caso o de aquellas otras que puedan ser admitidas desde la óptica de la imprevisión.

Por lo tanto, si la actora por alguna razón entiende que los términos económicos del contrato se han tornado irrepresentativos, debe acreditar o bien el incumplimiento contractual de la comitente o la configuración de los requisitos que permiten la excepcional revisión del contrato; y no limitarse únicamente a

9
NB

"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"

reclamar, como una exigencia de la justicia distributiva, el reconocimiento de los mayores costos que, según dice, debió soportar”.

A su vez, con el voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay, en los autos “*Desaci SA y otros v. Ferrocarriles Argentinos s/ contrato de obra pública*”, del 28/6/2005, se sostuvo que: “(...) *es principio generalmente aceptado que el contrato de obra pública se celebra y ejecuta a riesgo y ventura del contratista, excepto con relación a las pérdidas derivadas con relación al caso fortuito y extraordinarios o hechos del príncipe; y sin perjuicio del derecho del contratista a la revisión de los precios y a la recomposición del contrato, cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisiones ocasionen la ruptura del equivalente económico del contrato (...), tal principio significa, en consecuencia, que el contratista debe soportar la aleatoriedad ordinaria que conlleva el cumplimiento del contrato en las condiciones pactadas*” (el destacado no es original).

De esta manera, resultando procedente la readecuación, las partes se encontrarían en condiciones de determinar la proporción del perjuicio que cada parte deberá soportar, de acuerdo con los principios expuestos con anterioridad, excluyendo el alea normal que el contratista debe sostener.

f. Sistema de redeterminación de precios.

De acuerdo con el instituto de la redeterminación de precios, ante el supuesto de que los límites normales que debe soportar la contratista sean superados por la realidad inflacionaria que atraviesa nuestra economía, surge tal mecanismo tendiente a forzar el restablecimiento de las condiciones económicas, estabilizando los precios.



"2023 - 40º Aniversario de la Restauración de la Democracia"

En ese marco, la *"Redeterminación de Precios"*, se torna exigible cuando el costo de los factores tales como materiales, mano de obra, equipos, y todo elemento considerado significativo para continuar ejecutando la obra, reflejan una variación que supera el alea normal que deben soportar las partes.

Cabe agregar que el Contrato firmado en noviembre de 2020, establecía un régimen de redeterminación de precios autorizado por el Decreto N° 691/2016, en tanto que la obra sería financiada con fondos del Estado Nacional mediante el Fideicomiso Austral.

Luego, ante la sanción de la Ley provincial N° 1312, como se mencionó más arriba, la Legislatura provincial autorizó al Poder Ejecutivo a adecuar la afectación de los recursos obtenidos por la aplicación del artículo 12 de la Ley provincial N° 1132, incluyendo entre las obras la del gasoducto en análisis.

Ello, generó que se modifique el Pliego de Bases y Condiciones de la Obra, sustituyendo el régimen de redeterminación de precios que ahora sería el autorizado por el Decreto provincial N° 73/2003.

De ahí que, de acuerdo con la documentación acompañada en los presentes obrados, si bien la obra pública en cuestión que fue adjudicada por la suma de \$826.777.628,00 en noviembre de 2020 (precio serio y no temerario), dicho precio fue redeterminado mediante las siguientes Resoluciones:

- Resolución MOySP N° 537/2021: Se aprobaron redeterminaciones de precios por los meses de enero, junio,

*"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"*

septiembre y noviembre de 2020 y febrero de 2021, por un monto de \$425.949.746,01.

- Resolución MOySP N° 345/2022: Se aprobaron redeterminaciones de precios correspondientes a los meses de abril, julio y octubre de 2021 y enero de 2022, por un total de \$318.762.668,74.
- Resolución MOySP N° 463/2022: se aprobaron redeterminaciones de precios a los meses de marzo de 2022 por \$70.823.931,05.

Ahora bien, sin perjuicio de las redeterminaciones de precios antes mencionadas, la contratista adujo la insuficiencia de tal herramienta señalando que: *“Cuando el sistema de redeterminación no alcanza para evitar el desequilibrio de las prestaciones, se debe acudir a la figura de la renegociación del contrato”*.

Tal como se mencionó más arriba, recaerá en la contratista la demostración del quebranto de la obra y la insuficiencia de la herramienta de la redeterminación de precios previo a que la Administración analice el restablecimiento de algún equilibrio en las prestaciones.

Comprobado ello, sería procedente la readecuación del valor de la obra para continuar con la ejecución del 67.1% faltante, de acuerdo con el nuevo precio y la posibilidad de renegociar nuevamente los términos si nuevas circunstancias vuelven a desequilibrar las prestaciones durante su ejecución.

Entonces, la renegociación de los términos económicos del contrato debería comprender, en definitiva, desde la fecha del quebranto acreditado (por insuficiencia del régimen de redeterminación de precios) y hasta la solicitud



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

efectuada por el contratista, manteniéndose el resto de las condiciones vigentes, es decir que para el porcentaje restante de obra faltante (67.1%), se continuará aplicando el régimen de redeterminación de precios vigente.

III. CONCLUSIÓN

Como corolario de lo hasta aquí expuesto, en atención a la petición de la contratista, vinculada a: *"(...) se solicita – en forma excepcional – la revisión del precio total del contrato a fin que de común acuerdo entre las partes se obtenga un precio justo para la ejecución de las tareas, se revise y mejore el sistema de redeterminaciones de precios y de reconocimiento del costo financiero (...)"*, concluyo que:

En primer lugar, en relación a la: *"(...) revisión del precio total del contrato a fin que de común acuerdo entre las partes se obtenga un precio justo para la adecuación de las tareas (...)"*, la misma resultaría procedente en la medida en que se tengan en cuenta los recaudos expuestos en el presente Informe y aquellos expuestos en el Dictamen S.C.L. (S.G. L y T.) N° 459/2022 y en el Memorándum N° 4, del *"Estudio IMAZ"*.

Así, entiendo que tal revisión debería efectuarse sobre la base del principio del esfuerzo compartido, distribuyendo el sacrificio que ambas partes deberán soportar a los fines de no rescindir la contratación y ejecutar la obra pública en cuestión, de relevancia para la Provincia.

En ese sentido, demostrado el quebranto y la fecha de su producción, la revisión debería comprender desde ese momento hasta la solicitud efectuada por

*"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"*

el contratista, manteniéndose el resto de las condiciones vigentes, sin perjuicio de considerar que al porcentaje restante de obras faltante (67.1%), se le continuará aplicando el régimen de redeterminación de precios vigente.

Además, estos recaudos, como aquellos señalados a lo largo del presente, deberán ser corroborados y analizados en un informe técnico circunstanciado por parte de la Administración, previo a la suscripción del acto de readecuación.

Por su parte, de acuerdo a la petición vinculada a que: “(...) *se revise y mejore el sistema de redeterminaciones de precios (...)*”, entiendo la misma no resultaría oportuna en tanto que se trata de un instituto del contrato que tiene como objeto mantener el equilibrio económico a través del establecimiento de valores compensatorios de las variaciones de precios, y que resulta aplicable por ser el sistema legal vigente (Decreto provincial N° 73/2003).

Además, si bien el sistema legal de redeterminación de precios, en causas excepcionales, puede no resultar adecuado en algún momento de la ejecución del contrato (y por eso se podría analizar su ajuste de acuerdo con otros mecanismos como readecuación de precios), puede encontrarse ventajoso en algún otro, por lo que no corresponde considerar sistemas de redeterminación de precios a medida para cada obra y variables de acuerdo con la coyuntura del momento.

Por último, en cuanto a la solicitud referida al: “(...) *reconocimiento del costo financiero (...)*”, entiendo que habrá de estarse a las herramientas que a tales fines ofrece el sistema normativo, entre ellas la Ley N° 13.064, (como ser mediante el artículo 48), las que deberán ser evaluadas por la Administración en oportunidad de los requerimientos que efectúe la contratista, determinando en cada caso particular, si corresponde su aplicación y procedencia conforme a ello.



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

Finalmente, a criterio de la suscripta se sugiere solicitar la intervención del Grupo Especial de Obras Públicas dependiente de la Secretaría Contable de este Tribunal de Cuentas para que, a través de sus especialistas contadores y técnicos, se analice el pedido del MOySP y aporte desde su visión, aquellas cuestiones que entienda necesarias en este pedido de asesoramiento.

9 Sin otras consideraciones, se elevan las presentes actuaciones para la continuidad del trámite.

Dra. María Belén MONTE DE OCA
Abogada
Matricula N° 804 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

INFORME TECNICO N° 052/2023

LETRA: TCP - SC - AT

(ASESORAMIENTO TÉCNICO)

Ushuaia, 02 de Marzo de 2023.-

AL ÁREA CONTABLE:

Ref.: EXPTE. N° 75426-MO-2022 SOLICITUD RENEGOCIACIÓN CONTRATO OBRA "INTERCONEXIÓN GASODUCTO SAN MARTÍN Y GASODUCTO FUEGUINO"- LIC. PUB. 16 2019- EXPTE. ADMIN. 10466 MO 18- CONTRAT. CONINSA S.A.

ORGANISMO GENERADOR:

OBRA / EDIFICIO:

PROCEDIM. DE CONTRATACION:

SISTEMA DE CONTRATACION:

ANTICIPO FINANCIERO:

PLAZO DE EJECUCION:

PROVEEDOR/ CONTRATISTA:

REPRESENTANTE TÉCNICO:

INSPECTOR DE OBRA:

EXPTE. MADRE:

MONTO DE CONTRATO ACTUALIZADO:

OBJETO:

INTERVENC. EN EL PRESENTE EXPTE:

MOySP - Secret. Obras y Servicios Públicos Z/S

Interconexión de Gasoductos S. Martín y Fuego

Licitación Pública N°16/2019

Ajuste Alzado

40 %

14 (catorce) meses corridos

CONINSA S.A.

Ing. José María ORMAZABAL

Ing. BAIS Florencia Magalí

10466-MO-2018

\$ 904.161.354,57.-

Asesoramiento s/Modificación de Contrato

Primera intervención

Me dirijo a Ud., en virtud de la intervención efectuada por este Organismo de control al expediente de la referencia, en cumplimiento a lo establecido en la Resolución Plenaria N°122/2018, el que fue girado a esta instancia con 188 fojas útiles, a los efectos de comunicarle lo siguiente:

ACLARACIONES PREVIAS:

1. Las presentes actuaciones tramitan la contratación de trabajos de infraestructura en gasoductos, materia que excede las incumbencias profesionales de quien suscribe. En tal sentido, el análisis técnico a realizar se circunscribe a la verificación, en la medida de lo posible, de la consistencia de la documentación técnica integrante del presente expediente, tales como: estudios preliminares, documentación gráfica, cómputo y presupuesto, especificaciones técnicas, etc.

2. Se ha tomado en consideración, a los fines de la intervención, el Informe Legal N° 72/2020, Letra: TCP-SL, suscripto por el Dr. Pablo E. GENNARO,

1 de 6

a/c de la Secretaría Legal de este Órgano de Control emitido en el marco de la consulta realizada mediante expediente N° 37-TCP-PR-2020 caratulado “S/PROCEDIMIENTO PARA EL ACCESO A LA INFORMACIÓN DE LOS EXPEDIENTES ELECTRÓNICOS PARA EL TCP - RES. GRAL, LEGAL Y TÉCNICA N° 43-2020.”

CONSIDERACIONES:

1. Documentación considerada para la elaboración del presente Informe:

- a) Fs. 02/152: Nota registrada bajo el N° 1339 con fecha 03/11/2022 y anexos, suscripta por el apoderado de la Contratista, José María ORMAZABAL, solicita modificación de los términos económicos del Contrato, argumenta factores imprevisibles como la pandemia de Covid-19, la inflación y el aumento del dólar estadounidense, solicitando se le admita la teoría de la imprevisión y el principio de la buena fe contractual. Agrega documentación respaldatoria.
- b) Fs. 154/161: Dictamen S.C.L. (S.G.L. y T.) N° 459/2022, fecha 10/11/2022, corresponde a la Secretaría General, Legal y Técnica, suscripto por el Dr. Milton FELLAY, concluye que se deben cuantificar los extremos materiales entre el valor de la obra encargada al contratista y la remuneración por la ejecución de la misma y considera jurídicamente viable la adecuación contractual solicitada.
- c) Fs. 163: Copia de E-mail, de fecha 18/11/2022, donde el Dr. Beltrán GOROSTEGUI del estudio YMAZ, ante el pedido de asesoramiento solicitado a ese estudio por el Ministerio de Finanzas Públicas de la Provincia, advierte que el Acta de Redeterminación suscripta por la Contratista, posee una renuncia de derechos amplia, que si se aplica a rajatabla hasta podría impactar en su reclamo.
- d) Fs. 165/171: Memorandum N° 4, fecha 18/11/2022, suscripto por el Abogado Beltrán GOROSTEGUI, del estudio YMAZ, luego de un profundo análisis, concluye que, si efectivamente se demuestra una distorsión sustancial no remediada por el régimen de Redeterminación imperante, sería procedente recomponer de algún modo las prestaciones contractuales, de forma de alcanzar de nuevo el equilibrio perdido de la ecuación económica contractual.
- e) Fs. 176/186: Informe Legal N° 30/2023 Letra: T.C.P.-C.A., fecha 23/02/2023, corresponde al área legal del T.C.P., suscripto por la Dra. María Belén MONTE



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

DE OCA, analiza las actuaciones y la intervención de los letrados preopinantes y entiende oportuno considerar algunas cuestiones jurídicas relevantes, las cuales se tendrán en cuenta en el apartado ANÁLISIS:, del presente Informe Técnico.

ANÁLISIS:

Solicitud de la Contratista:

1. Según lo considerado en punto **1.a)** del apartado CONSIDERACIONES:, la Contratista argumenta factores imprevisibles como la pandemia de Covid-19, sin embargo firma el contrato de obra con fecha 25/11/2020, cuando dicha pandemia ya llevaba casi 9 (nueve) meses en curso, decide iniciar la obra el 09/12/2020 sin reclamo alguno y además cobra un anticipo financiero del 40 % el 18/12/2020. Otro factor argumentado como imprevisible es la inflación, sin embargo, la Contratista firma el contrato e inicia la obra un año después de presentada su oferta, cuando la inflación acumulada del año 2020 ya estaba en el orden del 53,8 %. Un tercer factor argumentado es el aumento del dólar estadounidense, sin embargo, la Contratista firma el contrato e inicia la obra un año después de presentada su oferta, cuando la variación anual del dólar registraba un aumento del 41,65 %. Del análisis de la documentación presentada por la Contratista, a criterio de quien suscribe, no queda claro ni justificado, o al menos resulta extemporáneo, el reclamo basado en la imprevisión de dichos factores.

Opiniones jurídicas:

2. De acuerdo a lo considerado en los puntos **1.b)** **1.c)** y **1.d)** del apartado CONSIDERACIONES:, un primer análisis corresponde a la Secretaría General, Legal y Técnica del Gobierno provincial (fs. 154/161), donde el letrado interviniente considera jurídicamente viable la adecuación contractual solicitada, pero condicionada a cuantificar los extremos materiales entre el valor de la obra encargada al contratista y la remuneración por la ejecución de la misma.

Un segundo análisis lo constituye el solicitado por el Gobierno a un estudio jurídico privado (fs. 165/171), donde el letrado interviniente cita lo que ha sostenido la Procuración del Tesoro de la Nación, en cuanto a que para sostener la "Teoría de la imprevisión", es necesario que existan circunstancias ajenas a la voluntad del contratante e imprevisibles en el momento de la celebración del contrato, lo cual tuvo lugar con fecha 25/11/2020, cuando la pandemia de Covid-19 ya llevaba casi 9 (nueve) meses en curso. También sostiene el letrado, que debe determinarse con precisión el incremento de los precios de insumos de origen extranjero con informes técnicos que ordene el Ministerio. Finalmente concluye condicionando a que, si efectivamente se demostrara una distorsión sustancial, en ese caso resultaría procedente recomponer de algún modo las prestaciones contractuales. No menor resulta el párrafo de su mail de fs. 163, donde advierte que el Acta de Redeterminación suscripta por la Contratista, posee una renuncia de derechos amplia, que si se aplica a rajatabla hasta podría impactar en su reclamo.

3. Según lo considerado en punto 1.e) del apartado CONSIDERACIONES:, por último, consta a fs. 176/186, la intervención de la letrada del Área Legal del T.C.P., quien considera las cuestiones relevantes siguientes:

3.a) En caso de que la Contratista continúe con su reclamo, correspondería que se acompañe un análisis técnico que indique con precisión desde qué momento el valor de la obra contratada, más las redeterminaciones, más los anticipos financieros, dejaron de representar el valor real de la obra, a partir del cual correspondería readecuar el precio abonado por la administración.

3.b) Al aducir la Contratista la insuficiencia de las redeterminaciones, recaerá en ella la demostración del quebranto de la obra y de la insuficiencia de la compensación por Redeterminación de precios, previo a que la administración analice el restablecimiento de algún equilibrio en las prestaciones.

3.c) Finalmente, en su conclusión, la letrada interviniente considera que la pretensión de la Contratista resultaría procedente, en la medida que se tengan en cuenta los recaudos expuestos en su informe y aquellos expuestos en el Dictamen de fs. 154/161 y el Memorándum de fs. 165/171. Entiende además, que tal



"2023 - 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

revisión debería efectuarse sobre la base del principio del esfuerzo compartido, distribuyendo el sacrificio que ambas partes deberán soportar, a los fines de no rescindir la contratación y ejecutar la obra pública en cuestión.

Opinión Técnica:

4. Según lo analizado en los puntos 1. y 2. del apartado ANÁLISIS:, a criterio de quien suscribe, no se encontraría suficientemente acreditada la imprevisión argumentada por la contratista, o al menos resultaría extemporáneo el reclamo, toda vez que los factores argumentados no aparecerían como imprevisibles a la fecha de firma del contrato de obra.

5. De acuerdo a lo analizado en los puntos 2. y 3. del apartado ANÁLISIS:, a criterio de quien suscribe, debería la Contratista, en caso de asistirle el derecho a la adecuación, realizar el cálculo exacto de la diferencia que reclama, teniendo en cuenta el momento en que se produjo el quiebre de la ecuación económica y el saldo de dinero faltante de cobrar desde ese momento hasta final de la obra. También, si ese fuera el caso, debería darse intervención a las áreas de Cómputo y Presupuesto del Ministerio y de Redeterminaciones de precios, con el objeto de que personal de planta realice los Informes Técnicos y cálculos pertinentes para verificar la correspondencia o no, de los cálculos presentados por la contratista.

6. Según lo analizado en los puntos 3.a), 3.b) y 3.c) del apartado ANÁLISIS:, a criterio de quien suscribe, en caso de que la Contratista continúe con su reclamo y se determine legalmente que le asiste la readecuación solicitada, la Contratista debería presentar la documentación siguiente:

- Análisis técnico que indique con precisión desde qué momento se produce el quebranto, o sea desde cuándo el valor de contrato de la obra, más los anticipos financieros, más las redeterminaciones, dejaron de representar el valor real de la misma, ello sujeto a la revisión por parte de los técnicos de planta del Ministerio.

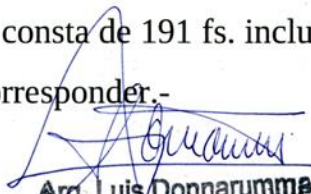
- Demostración fehaciente y precisa, cuantificando el monto del quebranto producido en la obra y la insuficiencia de la Redeterminación de precios para compensarlo, ello sujeto a revisión de los técnicos de planta del Ministerio.
- Calcular y proponer en qué porcentajes se distribuirá el sacrificio que ambas partes deberán soportar, a los fines de no rescindir la contratación y continuar con la ejecución de la obra pública en cuestión, en las mismas condiciones del Pliego Licitatorio, ello sujeto a revisión de los técnicos de planta del Ministerio.

CONCLUSIÓN:

De acuerdo al análisis precedente, entiendo que un primer paso sería solicitar a la contratista, teniendo en cuenta lo analizado en los puntos 5. y 6. del presente, aporte los cálculos y documentación que considere necesarios para acreditar el desfasaje y readecuación que reclama. En segundo lugar y teniendo en cuenta lo analizado en el punto 5. del presente, debiera darse intervención a los técnicos de planta del Ministerio y del área de Redeterminaciones de precios, a efectos de que verifiquen dichos cálculos y documentación aportados por la Contratista y opinen acerca de la correspondencia o no del reclamo. Por último y teniendo en cuenta lo analizado en el punto 4. del presente más la nueva documentación aportada y el análisis técnico de los agentes estatales de planta intervinientes, correspondería la definición por parte de las áreas legales que correspondan, acerca de si se debe hacer lugar o no al reclamo de la Contratista. Una vez realizados estos pasos y de corresponder el reclamo, entiendo que el expediente deberá ser intervenido por este T.C.P. en el marco del control preventivo.

Efectuado el análisis, con el Análisis y la Conclusión que anteceden, se procede a la devolución del expte. de referencia, que consta de 191 fs. incluido el presente Informe Técnico, a los efectos que estime corresponder. -

L.D.


Arq. Luis Donnarumma
Auditor
Tribunal de Cuentas



PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO,
ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR
REPÚBLICA ARGENTINA



INFORME CONTABLE

INFORME CONTABLE N° 368/2023,

Letra: TCP-AOP

Ref.: Expediente MOSP-E-75426/2022, caratulado: “Solicitud Renegociación Contrato Obra” Interconexión Gasoducto San Martín y Gasoducto Fueguino” - Lic. Pub. 16 2019- Expte. Admin. 10466 mo 18- Contrat. CONINSA S.A.”

Análisis contable S/Artículo 9° del Anexo I de la Resolución Plenaria N.° 124/2016.

Audidores Fiscales: C.P.N. Esteban S. TOVARES

Ushuaia, 06 de septiembre de 2023

TRIBUNAL DE CUENTAS

PROVINCIA DE TIERRA DEL FUEGO, ANTÁRTIDA E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2023 – 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

“Análisis contable S/Artículo 9° del Anexo I de la Resolución Plenaria N.º 124/2016.”

Índice

1.	Destinatario	5
2.	Objeto.....	5
3.	Marco normativo.....	5
4.	Antecedentes	5
5.	Aclaraciones previas	6
6.	Análisis.....	6
7.	Conclusión	10



"2023 – 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

1. Destinatario

El presente informe está dirigido a la Secretaría Contable.

2. Objeto

El objeto del presente informe consiste en efectuar un análisis de las actuaciones referentes a la consulta efectuada por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos en el marco de la Resolución Plenaria N.º 124/2016.

3. Marco normativo

El presente análisis se efectúa en el marco de la Resolución Plenaria N.º 124/2016, bajo los lineamientos de:

- Ley nacional de Obras Públicas N.º 13.064.
- Decreto provincial N.º 73/2003.

4. Antecedentes

Ingresa a esta área las actuaciones en función de la Nota Interna N.º 333/2023 Letra: TCP – SL, suscripta por el Dr. Pablo E. GENNARO a/c de la Secretaría Legal, en la cual comparte los términos del Informe Legal N.º 30/2023 Letra: TCP – CA, suscripto por la Dra. María Belén MONTE DE OCA y sugiere su remisión a la Secretaría Contable de forma previa a la intervención del Cuerpo Plenario de Miembros.

En atención a la sugerencia indicada, el Presidente del Tribunal de Cuentas, Dr. Miguel LONGHITANO, remite las actuaciones a la Pro-Secretaría Contable a sus efectos con fecha 06/03/2023.

Finalmente, mediante Nota Interna N.º 450/2023 Letra: TCP – SC, el Auditor Fiscal a/c de la Secretaría Contable, C.P. David Ricardo BEHRENS,

*"Las Islas Malvinas, Georgias del Sur, Sándwich del Sur y los espacios marítimos
e insulares correspondientes son argentinos"*

remite el expediente al Grupo Especial de Obras Públicas a fin de dar tratamiento en el marco del artículo 9° de la Resolución Plenaria N.º 124/2016.

5. Aclaraciones previas

La opinión vertida en el presente informe se limita exclusivamente a la documentación incorporada al Expediente de referencia, en base a las cuales se analizarán cuestiones relativas a las condiciones o requisitos que entendemos razonables de cumplimentar de forma previa a dar lugar a la aprobación o desestimación de la solicitud de renegociación efectuada por la empresa contratista. Ello, sin perjuicio de las intervenciones que correspondan realizar por éste Organismo de Control en el marco de las correspondientes tramitaciones.

Por otro lado, en atención a las intervenciones legales efectuadas tanto por la administración central como por éste organismo de control, se toma conocimiento de lo esgrimido respecto a la teoría de la imprevisión como el instituto que habilitaría la posibilidad de renegociar el contrato, teniendo en cuenta para ello, la aplicación de la teoría del esfuerzo compartido, como así también la presentación de un análisis económico específico que sustente el quebranto financiero de la obra en cuestión. Sobre este último punto es que se realizará en el presente informe un análisis de las cuestiones a tener presentes para su consideración.

6. Análisis

En virtud de la solicitud de intervención por parte de la Secretaría Legal a los fines de asesorar en materia contable sobre la consulta ingresada a este Tribunal de Cuentas por parte del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, se realiza el presente análisis, sin perjuicio de las conclusiones efectuadas en Informe Legal N° 30/2023 Letra: T.C.P. – C.A. y Nota Interna N° 333/2023 Letra: T.C.P. – S.L.



"2023 – 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

En el presente apartado se realizarán consideraciones respecto de los argumentos esgrimidos por la contratista que fundamentan la solicitud de renegociación del contrato, de acuerdo a lo detallado en el punto "II.- CAUSAS DEL QUIEBRE DE LA ECUACIÓN ECONÓMICO FINANCIERA DEL CONTRATO – SITUACIONES NO PREVISTAS":

a.- Pandemia por el COVID-19

En relación al presente punto, se indica por parte de la contratista como mayor aliciente el tiempo transcurrido entre la adjudicación de la obra y la firma del contrato como resultado de las medidas gubernamentales adoptadas por la pandemia. Resaltan que, como resultado de dicho período entre otras cosas se generó la dificultad para la adquisición de insumos de obra, por la disminución de la oferta, con su impacto directo en precios, o su alta variabilidad por estar atados al valor del dólar no oficial, superando así los índices de precios publicados, que sirven de base para el cálculo de las redeterminaciones de precios.

Se puede considerar en este punto que los índices tienen cierto retraso en la absorción del impacto de los "saltos" a los que nos tiene acostumbrados la economía de nuestro país, sin embargo, también resulta importante resaltar que la obra no se había iniciado en dicho contexto, como así tampoco se había pagado el anticipo financiero, por lo cual como resultado de la firma del contrato, se efectuaron los cálculos de las redeterminaciones de precios sobre la base de la obra sin ejecutar, incluyendo su anticipo hasta la fecha de su efectivo pago. A su vez, resulta importante resaltar que, no obstante el retraso temporal que se pueda constatar, los índices de precios reflejan el incremento de los mismos, razón por la cual, teniendo en cuenta que la obra se contrató con una empresa con una capacidad financiera adecuada para una obra de tamaño magnitud, la diferencia temporal para cubrir los déficits financieros debería resultar atendible.

Otro concepto traído a colación por parte de la contratista en relación a la pandemia resultan ser los costos laborales generados por las medidas aplicadas necesarias para que el personal pueda prestar los servicios contratados. En este sentido, no podría haberse planificado su cotización dentro de la oferta, no obstante dicha situación resultaría subsanable en el marco de adicionales a la obra básica.

En resumen, entendemos que el impacto de la pandemia podría resultar subsanado en función de los mecanismos de redeterminación de precios y de adicionales sobre la obra básica.

b.- Inflación

En primer lugar, respecto del presente punto, y en relación a la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, se verifica en su argumento inicial una contradicción, atento a que la contratista indica que nuestro país está en un contexto de creciente inflación a lo largo del tiempo, lo cual evidencia cierta constante en la variabilidad, y por otro lado indica que no es posible ser previsible en materia contractual por el efecto de la inflación. Sin embargo, resultaría al menos estimable el impacto futuro sobre precios, lo cual se evidencia en los informes tanto de fuentes públicas como privadas que se emiten con análisis estimativos de la inflación esperada.

No obstante lo indicado precedentemente, respecto del presente punto es donde se debería hacer mayor énfasis en cuanto al impacto de la variable inflación en la ecuación económico-financiera del contrato, atento a que el régimen de redeterminación de precios se encuentra directamente relacionado a dicha variable. Es por ello que, a los fines de otorgar validez al presente argumento para proceder a la renegociación del contrato, se debería demostrar que los índices aplicables a cada ítem del cómputo y presupuesto en el procedimiento de redeterminación de precios establecido, difieren de forma sustancial respecto del aumento en el nivel general de precios.



"2023 – 40° Aniversario de la Restauración de la Democracia"

c.- Aumento del Dólar Estadounidense.

Finalmente, al analizar el argumento esgrimido por la contratista respecto del aumento del dólar estadounidense, en principio el mismo se apoya en la cotización del dólar oficial, el cual tuvo una evolución menor a la verificada por el impacto de los índices de precios, como se ejemplifica en el cuadro que se incorpora a continuación:

Fecha	Antecedentes de la contratación	Cotización dólar oficial	Variación	IPC general Región Patagonia	Variación
20/11/2019	Fecha de presentación de ofertas (apertura)	62,50		275,00	
01/11/2022	Fecha de solicitud de renegociación	163,00	160,80%	1.067,49	288,18%

Por ello, a los fines de obtener datos más específicos respecto del impacto del aumento de la divisa estadounidense en la ecuación económico financiera de la obra, se podría realizar un análisis del impacto de los diferentes tipos de cambio relativos a la adquisición de los bienes necesarios para ejecutar la obra, los cuales reflejen una variación de precios superior a la obtenida de aplicar el régimen de redeterminación de precios acordado.

Otras consideraciones:

Continuando con el análisis de la presentación efectuada por la contratista en su punto "II.4.- El anticipo Financiero", resulta evidente el atraso en su percepción atento a la situación generada por la pandemia del COVID-19, no obstante, tanto el retraso verificado entre la adjudicación y la firma de contrato como en el pago del anticipo financiero resultarían atendibles por el régimen de redeterminación de precios. No obstante, debería analizarse el reclamo de la contratista respecto de la tardanza en el pago de la diferencia resultante entre el anticipo financiero a valores básicos y redeterminados, lo cual, compartiendo el criterio esgrimido en el Informe Legal N.º 30/2023 Letra: T.C.P.-C.A., podría ser

atendido en función de lo establecido en el artículo 48 de la Ley nacional de Obras Públicas.

7. Conclusión

En función al análisis realizado, se comparte el criterio legal respecto de la posibilidad de renegociar el contrato bajo las premisas de la teoría de la imprevisión y del esfuerzo compartido, teniendo en cuenta para ello:

- La determinación por parte de la contratista del momento en que se produce el quebranto de la ecuación económico financiera de la obra, como consecuencia de factores imprevisibles, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en el análisis del presente informe.
- A partir de la determinación de dicho hito, realizar por parte del área técnica del MOySP una evaluación de dicha presentación a los fines de dar lugar a la renegociación de los términos económicos del contrato, teniendo en cuenta el principio del esfuerzo compartido.
- Finalmente, respecto de la solicitud de revisar y mejorar el sistema de redeterminación de precios a aplicar, entendemos que no corresponde, sino que se deberán mantener el resto de los términos del contrato pactados originariamente.

Sin otro particular elevo a su consideración un ejemplar del presente informe junto al expediente de referencia, con 196 fojas útiles.



C.P. Esteban Sebastian TOVARES
Auditor Fiscal
Tribunal de Cuentas de la Provincia