

Licitacion Publica Teoria De La Imprevisión Caso Fortuito Inflación Incumplimiento Contractual

JURISPRUDENCIA

Licitación Pública. Teoría de la imprevisión. Caso fortuito. Inflación.

Incumplimiento contractual Se confirma la sentencia que rechazó la demanda incoada por una empresa adjudicataria de una licitación pública, a los fines que se deje sin efecto la multa impuesta por el Estado Nacional por la rescisión -por culpa de la contratista- de una orden de compra vinculada a la contratación de un servicio de provisión e instalación de un sistema de cielorraso suspendido para el edificio del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. Ello así, al concluirse que resultó injustificada la no entrega por parte de la actora de los paneles desmontables para la ejecución de la obra, conforme las obligaciones asumidas. Es que si pretendía demostrar la distorsión de la ecuación económica financiera del contrato, debió haber aportado la estructura de los precios que tuvo en cuenta al momento de formular su oferta y la real incidencia de la moneda extranjera en el costo de los materiales y/o trabajos efectivamente incorporados a los trabajos. Así, la diligencia y pericia que le eran exigibles a la actora en este caso concreto, fueron juzgadas por su condición de empresa especializada en el rubro para el cual ofertó, con experiencia de varios años, y antecedentes en contrataciones con el Estado.

En Buenos Aires, a los 8 días del mes de agosto de 2019, reunidos en acuerdo los señores jueces de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada en los autos "Fradeco SRL c/ EN - M. Desarrollo Social y otro s/ proceso de conocimiento", expte. 16.684/2015, y planteado al efecto como tema para decidir si se ajusta a derecho el fallo apelado, el Dr. JORGE ESTEBAN ARGENTO dijo:

I. El Sr. Juez del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal 10, por sentencia de obrante a fs. 247/253 resolvió: (i) rechazar la demanda interpuesta por FRADECO SRL; (ii) hacer lugar a la reconvenición interpuesta por el Ministerio de Desarrollo Social y ordenando a la firma FRADECO SRL el pago de la suma restante de pesos ciento veinticinco mil setecientos cuarenta y tres con noventa centavos (\$125.743,90), con más los intereses correspondientes, que deberán calcularse desde el vencimiento de los diez días hábiles posteriores a la fecha de notificación de la última intimación (4/3/15, fs. 628/629 del expediente administrativo) y hasta el efectivo pago, aplicando la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina; (iii) Imponiendo las costas a la actora reconvenida.

El Magistrado señaló que a fs. 2/7 y ampliación de fs. 73/79, FRADECO SRL interpuso demanda solicitando se deje sin efecto la multa de \$275.743,90, impuesta por la resolución SCMI N° 1345/14 (del 27/2/14) que rescindió por culpa del contratista la Orden de Compra (OC) N° 44/14, vinculada a la contratación de un servicio de provisión e instalación de un sistema de cielorraso suspendido para el edificio del Ministerio del Desarrollo Social de la Nación, a la vez que se le aplicó e intimó el pago de la referida multa.

Por su parte, que a fs. 118/128, el Ministerio de Desarrollo Social contestó demanda y reconvino, solicitando se condene a la actora a abonar la suma de \$125.743,90 (saldo restante luego de la ejecución de la garantía), con más sus intereses desde la fecha de notificación de la res. SCMI 1345/14 y costas.

El Sr. Juez precisó que la cuestión a resolver radica en determinar si corresponde dejar sin efecto la resolución N° 1345/14, exclusivamente, en cuanto impuso la penalidad de multa a FRADECO SRL por encontrarse justificado el incumplimiento de la obligación o si, en cambio, corresponde confirmarla y ordenar el pago del saldo insoluto de la misma como lo pretende la demandada reconviniendo (v. fs. 3 vta. y 127 vta.).

En ese orden, consideró que no se encuentra controvertido que la firma FRADECO SRL resultó adjudicataria de la licitación pública N° 96/2013, tendiente a lograr la contratación de un servicio de provisión e instalación de un sistema de cielorraso suspendido y cajón perimetral en perfilería y placas de roca de yeso, para la sede del Ministerio...a fin de optimizar el sistema de climatización de las oficinas, mejorar el nivel acústico de los mismos y generar ahorro de iluminación...? (v. res. SCyMI 133/14 del 17/1/14, notificada a FRADECO SRL el 23/1/14, fs. 411/414 y 427 del expediente administrativo N° E-48868-2013). En consecuencia, se libró la OC N° 44/14, notificada a la adjudicataria el 28/1/14 e intimó a la integración de la garantía de cumplimiento del contrato. Asimismo, que tampoco se encuentra controvertido el incumplimiento contractual por parte de la firma FRADECO SRL.

Bajo esta perspectiva, el Sr. Juez de grado realizó un relato de las actuaciones administrativas N° E-48868-2013 del cual surge que: (i) El 28/01/14, la adjudicataria presentó una nota al Ministerio, por medio de la cual informó que "debido a las medidas cambiarias instrumentadas por el Gobierno Nacional a partir del día 24/1/14 se nos hace de imposible cumplimiento la ejecución de los trabajos correspondientes a la provisión de la instalación de un sistema de cielorrasos suspendidos para la sede del Ministerio... Cabe mencionar que el pliego...sugiere que los paneles desmontables para la ejecución del cielorraso deberán ser marca Armstrong World Industries Inc. modelo de placa última o similar producto este sin stock en la actualidad en Argentina, y de fabricación en los Estados Unidos, por lo que la compra e importación del mismo debe hacerse a través de una transferencia de dólares estadounidenses. Respecto del valor

de los dólares estadounidenses a fecha 5/11/13, apertura de la licitación, era de \$5.91...siendo su precio en el día de hoy de \$8.01, de lo que se deduce un aumento del 35.5%...La incidencia del valor de las placas en nuestra oferta es del 62.5%. Por lo expuesto, reitero nuestra imposibilidad de ejecución de los trabajos...? (fs. 420). (ii) El 3/02/14, FRADECO SRL presentó nuevamente una nota al Ministerio, por medio de la cual solicitó ?se nos autorice al reemplazo de las placas desmontables nominadas en el pliego de la licitación, Marca Armstrong World Industries Inc. Modelo Última, dadas las razones argumentadas en nuestra nota de fecha 28/01/14. Los distribuidores en Argentina de la marca Armstrong World Industries Inc. respondieron negativamente al pedido de cotización en razón de no tener en la actualidad la cantidad necesaria para satisfacer nuestra demanda, previendo además dificultades futuras en la importación del producto. Por lo expuesto, proponemos el cambio de placa marca Armstrong por la placa marca Knauf, modelo Ecomin Orbit perforado de fabricación alemana...? (fs. 457). (iii) De cara a lo requerido, el Departamento de Servicios Generales sugirió ?desestimar la utilización del producto... dada su baja prestancia en lo que a absorción sonora se refiere. Se puede apreciar un gran margen de diferencia en los valores estimados para esta cualidad... De no poder adquirir el material establecido en el Pliego de Bases y Condiciones, se utilice como reemplazo y dentro de la línea AWF, el producto 'Thermantex Thermofon'. Dicho producto cumple y supera las cualidades técnicas establecidas para el material original...? (fs. 463/460). El 13/2/14, la adjudicataria tomó vista de lo informado (fs. 464). (iv) El 17/2/14 FRADECO SRL manifestó con relación a lo informado por el Departamento de Servicios Generales que ?consultada la empresa Knauf Argentina, nos cotiza en forma verbal extraoficial y a través de su distribuidor JMA Perfiles SA, la placa AMF Thermantex Thermofon, resultando de la cotización un valor que, sumado a los aumentos de precios de los componentes de fabricación nacional, supera nuestras posibilidades presupuestarias... Por lo expuesto...ofrecemos para la realización de los mismos la placa AMF Thermatex Feinstrato 61x61 modelo VT 15/24 (borde biselado) de fabricación alemana?... (fs. 465). (v) Ante ello, el Dpto. de Servicios Generales sugirió ?no considerar la utilización del producto AWF Thermatex Feinstratos dada su baja prestancia en lo que a absorción sonora se refiere...Por otro lado, la placa propuesta en esta instancia no cumple con el formato de arista de placa, [pues] posee un borde biselado y el Pliego...exige una placa de borde recto? (467/469). El 18/2/14 FRADELCO SRL tomó vista del expediente (fs. 470). (vi) El 27/2/14, por la res. 1345/14 el Secretario de Coordinación y Monitoreo Institucional del Ministerio resolvió rescindir la OC N° 44/14, en los términos de los artículos 122 y 126 inc. b), ap. 1 del Anexo al dec. 893/2012 y le aplicó a la firma una multa de \$275.743,90 (fs. 486/491). Para así decidir, consideró que ?...respecto a lo alegado en cuanto al faltante de stock del producto... no se evidencia la existencia de un caso fortuito o de fuerza mayor conforme al art. 513 del C. Civ., toda vez que no existe un hecho imprevisible que supere la aptitud normal de previsión...dado que el agotamiento de stock resulta una cuestión previsible para el contratista que se presenta en un procedimiento de selección...?. (vii) Por la res. SCyMI 6582/14, del 19/6/14, se rechazó el recurso de reconsideración interpuesto contra la res. 1345/14, sobre la base de considerar que ?la devaluación referida por la recurrente no constituye un hecho imprevisible ya que algunas de las situaciones referidas (crisis europea, presiones especulativas del mercado cambiario, aumento de precios, entre otras) llevaban ya un tiempo de desarrollo, por lo que el hecho devaluatorio significaba una posibilidad concreta... Por otra parte, tampoco se acredita la imposibilidad de importar el producto...En consecuencia, no resulta aplicable al caso la teoría del 'Hecho del Príncipe'. Asimismo, descartó la aplicación de la Teoría de la Imprevisión, en el entendimiento de que ?...la aplicación del art. 1198 del C.Civ. torna necesaria una prueba concreta que cause convicción suficiente de la existencia real de las condiciones allí explicitadas... la recurrente no agrega documental alguna que acredite la excesiva onerosidad mencionada...sumado a que no ha dado principio de ejecución a sus obligaciones contractuales y en consecuencia se encuentra en mora?. (viii) Por la res. MD 2596/14, la Ministra de Desarrollo Social desestimó el recurso de jerárquico interpuesto en subsidio contra la res. 1345/14, reiterando los fundamentos expuestos al rechazar el recurso de reconsideración (v. fs. 554/556). (ix) El 4/3/15 se intimó por última vez a FRADECO SRL, el ingreso de la multa en cuestión (fs. 628/629). Efectuado tal relato, el Magistrado puso de relieve que las normas del Pliego de Bases y Condiciones Particulares que exigen el cumplimiento de los trabajos en los plazos, las respectivas sanciones, y las hipótesis que dan lugar a la rescisión. En igual sentido, citó las normas pertinentes del decreto 1023/01 y del decreto 893/12. Por su parte, recordó las reglas vinculadas a la presunción de legitimidad que ostentan los actos administrativos (art. 12 de la ley 19.549) y de la carga de la prueba, conforme el art. 377 CPCCN. A partir de ello, concluyó que la demanda de FRADELCO SRL no podía prosperar, y correspondía, en cambio, hacer lugar a la reconvenición planteada por el Ministerio de Desarrollo Social. Fundó su decisión en que la actora reconvenida ninguna prueba aportó tendiente a vencer la presunción de legitimidad que ostentan los actos impugnados, que acredite que la devaluación ocurrida en enero de 2014 se debió a actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales, y no a una multiplicidad de factores, como se afirmó en aquéllos. Agregó que aun en el supuesto de que tal devaluación se atribuyese a autoridades nacionales, FRADECO SRL tampoco probó que tal situación la haya colocado en una razonable imposibilidad de cumplimiento. Destacó el Magistrado que la actora con su nota de fecha 28/1/14 ninguna prueba acompañó que acredite que el producto cotizado no tenía stock en el país y que en consecuencia, debía

comprarse e importarse con dólares estadounidenses. Añadió que, contrariamente, en su demanda la empresa manifestó que ?en rigor, no es que se haya producido el agotamiento de stock... sino que éstas deben importarse de Estados Unidos...La imposibilidad de entrega de la provisión fue la devaluación del peso? (fs. 2 vta./3). Asimismo, que en su nota del 3/2/14, la actora tampoco probó lo allí afirmado, en cuanto a que ?los distribuidores en Argentina... respondieron negativamente al pedido de cotización en razón de no tener en la actualidad cantidad necesaria para satisfacer nuestra demanda, previendo además dificultades futuras en la importación del producto?. Añadió que incluso luego en su presentación del 17/2/14 la empresa manifestó que ?la empresa Knauf Argentina nos cotiza en forma verbal extraoficial y a través de su distribuidor JMA Perfiles, la placa AMF Thermatex Thermofon resultando de la cotización un valor que...supera nuestras posibilidades?, extremo respecto al cual no ofreció prueba en sede judicial ni administrativa. El Juez puso de relieve la falta de prueba, más aún porque que el inconveniente radicaba en realidad en la devaluación del peso ?tal como lo afirma a fs. 3?, pero lo cierto es que luego ofreció sustituir el producto norteamericano por otro de origen alemán, lo que también implicaba un giro de divisas. Añadió que a todo ello suma que el Pliego puntualmente especificó: ?Marca sugerida: Armstrong World Industries Inc. o similar? (fs. 437 de las actuaciones administrativas) y que el Ministerio ofreció alternativas frente a la imposibilidad de cumplimiento manifestada por el adjudicatario, que éste rechazo por exceder su presupuesto, sin que haya acreditado tal extremo. Por su parte, señaló que el decreto delegado N° 1023/01 refiere expresamente, al caso fortuito o fuerza mayor de carácter natural (conf. art. 12, inc. c). Recordó que si bien es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha receptado la doctrina de la imprevisión ?...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...?; características éstas similares a las que deben concurrir en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor (CSJN, in re ?J. J. Chediak?, Fallos: 319:1681). En ese contexto, el Magistrado valoró que de las constancias de la causa no surge acreditada la excesiva onerosidad de la prestación a causa de la devaluación económica. Por su parte, destacó que la adjudicataria es una empresa especializada en el ramo y contratista habitual del Estado ?v. planilla de antecedentes desde 2007, fs. 324 del exp. administrativo?, por lo cual no podía desconocer el giro comercial y los signos que el mercado presentaba con anterioridad a la celebración del contrato (doc. Fallos: 319:1681, cit.). Por lo expuesto, tampoco procedía la aplicación de la mencionada Teoría de la Imprevisión. En ese orden, concluyó que la rescisión del contrato por culpa del contratista, así como la penalidad infligida a FRADECO SRL por el organismo contratante se encuentran encuadradas legítimamente en el marco normativo aplicable al sub exámine, encontrándose aquella obligada al pago del saldo insoluto de la multa. II. FRADECO SRL apeló la sentencia a fs. 254, recurso que fue concedido a fs. 255, en tanto que expresó agravios a fs. 262/269 vta., replicado por la contraria a fs. 271/279 vta. Realiza consideraciones generales sobre la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Luego agrega que la resolución SC y MI N°1345/2014 es nula, de nulidad absoluta e insanable, por falta de causa, por ser falsos los hechos invocados, inaplicable el derecho invocado, por violación de la ley aplicable y de la finalidad que inspiró el acto (artículos 7°, incisos b, c y f), 14, inc. b) y concordantes de la ley 19.549), por lo cual no goza de presunción de legitimidad, frente a la impugnación judicial oportuna articulada. Señala que la devaluación constituyó un hecho ajeno a la empresa, posterior a la emisión de la orden de compra, de características extraordinarias e imprevisibles, dada su magnitud. No comparte el argumento de que la devaluación obedece a una multiplicidad de factores (crisis europea, presiones especulativas del mercado cambiario, aumentos de precios, entre otras) que llevaban un tiempo en desarrollo, por lo que el hecho devaluatorio significaba una ?posibilidad concreta? (sic). Destaca que la devaluación operada en enero de 2014 no fue anticipada por nadie, y que en un mercado altamente regulado como regía entonces, pretender que el hecho de la devaluación de nuestra moneda, en el grado que se produjo, fue ajeno a las autoridades monetarias, no resulta una conclusión razonable. Agrega que sea o no atribuible al Gobierno Nacional, la devaluación ocurrida en enero de 2014, constituyó un hecho extraordinario, por su magnitud, e imprevisible, según lo expuesto. Por otro lado, afirma que pretender ?que un simple ciudadano de a pie pudo predecir la oportunidad y magnitud de la devaluación del peso con relación al dólar estadounidense operada en enero de 2014, constituye una afirmación temeraria y sin ninguna apoyatura en la realidad? (fs. 264 vta). Manifiesta que hasta el mes de enero de 2014, el tipo de cambio peso-dólar, fue variando a lo largo del tiempo siguiendo pautas de devaluación progresiva pero de acuerdo a una tendencia leve y pausada, que se quebró bruscamente a principios de ese año. Aduce que ?la grave devaluación ocurrió y pretender que ciudadanos comunes y corrientes estén en condiciones de predecir una crisis económica como la ocurrida, constituye un sin sentido? (fs. 264 vta). Por otro lado, se agravia que la sentencia afirmara que el decreto N° 1023/01, sólo se refiere al caso fortuito o de fuerza mayor de carácter natural. Argumenta que el decreto en cuestión se inserta en un ordenamiento jurídico que contempla como causales de exclusión de responsabilidad, al caso fortuito ?cualquiera sea su causa?, a la teoría de la imprevisión y al abuso de derecho, entre otros supuestos (artículos 513, 514, 1198, 2° parte y 1071, 2°

parte, del Código Civil). Más adelante, expresa que la cuestión medular ¿es, con independencia de la existencia o no del stock en el mercado, a que hace referencia el a quo, es la alteración producida en la equivalencia de las prestaciones, por causas extraordinarias e imprevisibles. Por otra parte, la sustitución del producto originario, propuesta por la Administración, por otro equivalente de origen importado (Thermantex-Thermofon) al que se refiere la sentencia apelada, no resolvía el problema suscitado, de desequilibrio de las prestaciones, originado en la devaluación del peso con relación al dólar estadounidense, tal como lo manifestó mi parte en su oportunidad? (fs. 265 vta.). Profundiza este argumento insistiendo en que la cuestión relevante que exime de responsabilidad a su parte no es el ?agotamiento del stock? de las placas comprometidas, extremo en el que a quo centra el rechazo de la demanda, sino la abrupta devaluación del peso con relación dólar estadounidense, que alteró gravemente el equilibrio de la ecuación económico financiera contractual y colocó a la actora en una razonable imposibilidad de cumplir. En ese sentido, entiende que la imposibilidad de cumplir o la excesiva onerosidad sobreviniente, constituye una consecuencia directa de la significativa devaluación de la moneda nacional. Sostiene que sin perjuicio del caso de fuerza mayor invocado (arts. 513 y 514 del Código Civil), también invocó la configuración de un caso de excesiva onerosidad, amparado por la denominada ?teoría de la imprevisión?, que autoriza a la parte perjudicada a demandar la resolución del contrato cuando la prestación a su cargo se torne excesivamente onerosa por acontecimientos sobrevinientes, extraordinarios e imprevisibles, como ha sucedido en la especie. Respecto a la aducida falta de acreditación de la imposibilidad de proveer las placas comprendidas el Orden de Compra de la referencia, expresada en la resolución recurrida, señala que tal imposibilidad es de orden económico frente a la causal sobreviniente alegada, dada la insuficiencia del precio fijado en pesos para comprar un artículo de importación que cotiza en dólares estadounidenses, dato que surge de las propias condiciones de la licitación y que, por lo tanto, no requiere de mayor prueba. Por su parte, afirma que cumplió con el plazo de diez (10) días establecido por el artículo 120 del decreto 893/12, para denunciar ante la autoridad competente el caso fortuito o de fuerza mayor invocado, al que cabe sumar la invocación ?también en la instancia administrativa ? de la teoría de la imprevisión. Destaca, en ese sentido, su presentación del fecha 28 de enero de 2014. Manifiesta que la sentencia apelada ignora por completo las conclusiones de la pericia contable, agregada a fs. 192/193, y la contestación a las explicaciones solicitadas por la demandada a fs.202. Destaca que según la pericia, la incidencia que tuvo en el precio de la provisión cotizada la devaluación del peso con relación al dólar estadounidense fue del 34,78%, lo que acredita la gravedad del desequilibrio y de la alteración de la ecuación económico financiera original del contrato, tornando aplicable lo previsto por los arts. 513 y 514 del Código Civil o, en todo caso, la teoría de la imprevisión contemplada por el art.1198 del Código Civil. En relación a la reconvencción, sostiene que en la medida que las resoluciones administrativas impugnadas en autos son nulas, de nulidad absoluta e insanable, también lo es la multa impuesta, objeto de la reconvencción deducida. En otro orden, se agravia que se la condene al pago de intereses a partir del 04/03/15, calculado sobre la multa que integra la reconvencción. Ello así, en tanto, en su criterio, la multa impuesta no resultaba exigible a esa fecha, en razón de la acción contenciosa deducida por mi parte, circunstancia que excluye la constitución de mora de mi representada en esa oportunidad. III. Corresponde recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (cfr. CSJN Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre otros). IV. Dada la multiplicidad de agravios del apelante, ante todo me parece necesario referirme a su afirmación de que no se puede pretender que ?un simple ciudadano de a pie? pueda predecir la oportunidad y magnitud de la devaluación del peso en relación al dólar. Esa frase es correcta, pero no resultaría aplicable FRADECO SRL, ya que no reviste la calidad de ?ciudadano de a pie?, sino de una empresa especializada, con varios años de experiencia, y contratista habitual del Estado, como puso de resalto el Juez de grado, y consta en la planilla de antecedentes desde 2007, a fs. 324 del expediente administrativo. Esto no implica afirmar que FRADECO SRL debe prever devaluaciones abruptas, pero por el carácter señalado, al momento de formular su oferta, tiene deber de diligencia diferenciado de una persona común, por lo cual debe contemplar los factores que inciden la actividad que está ofreciendo brindar a la Administración y que pueden alterar su presupuesto, entre los que se encuentra aquellos relativos al álea económica. En efecto, esta Cámara ha señalado que uno de los principios rectores en materia licitatoria, consiste en considerar al pliego de condiciones como la ley de la licitación o ley del contrato, pues es en él donde se especifican el objeto de la contratación y los derechos y obligaciones del licitante, de los oferentes y del adjudicatario, con las notas de aclaración que en el caso correspondan (Fallos: 308:618; 311:2831 y 316:382), frente a lo cual es exigible a quien contrata con la Administración un comportamiento oportuno, diligente y activo que lo obliga a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales, a los efectos de que el órgano estatal pueda evaluar si conviene al interés público celebrar el contrato o dejar sin efecto la licitación (Fallos: 311:2831), no pudiendo el oferente o contratista invocar errores o defectos cuya inadvertencia provenga de su propia incuria, desatención o negligencia (Fallos: 322:1546); máxime cuando ha de tenerse en especial consideración que la magnitud de los intereses en juego le impone actuar de modo de prever cualquier

eventualidad que pudiera incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 929 C.C. y Fallos 303:323) (Sala II, expte, 14.556/93 "Marcelo Viviani y Cía. SA y otra c/ Fuerza Aérea Argentina s/ Contrato de Obra Pública", sentencia del 10/03/11). A ello corresponde anudar, que las cláusulas de los pliegos de las licitaciones les permiten a los oferentes hacer sus previsiones, por lo cual si el proponente no ha cuestionado esas cláusulas, debe entenderse que las conoce en su totalidad y, más aún, que las aceptó y las consintió. El hecho que una persona ¿física o jurídica? decida formular una oferta al Estado (por caso, a través de un llamado a licitación) en vistas a ser su contratista, conduce a presuponer un grado de diligencia del postulante que excede el común, tanto para preparar su oferta como para prestar el servicio o realizar la obra, en caso de resultar adjudicatario. Esta regla tuvo consagración en los artículos 64 y 65 del Decreto 893 del 2012, aplicable al contrato bajo análisis. En ese orden, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público (Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c/ Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo?, Fallos: 325:1787, sentencia del 18/07/2002). El Máximo Tribunal también ha dicho, en un caso cuyas reglas generales resultan aplicable a estos autos, que ¿al celebrar el contrato la parte actora debió obrar con pleno conocimiento de las cosas (art. 902 del Código Civil), pues la magnitud de los intereses en juego le imponía actuar de modo de prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente en el resultado económico del convenio, adoptando a ese efecto las diligencias apropiadas que exigían las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 del Código Civil; doctrina de Fallos: 300:273), y si incurrió en error en la interpretación de cláusulas contractuales o de sus instrumentos complementarios, éste provendría de una negligencia culpable que impide su invocación (arg. art. 929 del Código Civil; Fallos: 303:323 y 316:382)? (José Cartellone C.C.S.A. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ contrato obra pública?, Fallos: 326:2625, sentencia del 12/08/2003). En consecuencia, la diligencia y pericia que le eran exigibles a la actora en este caso concreto, las juzgaré por su condición de empresa, especializada en el rubro para el cual ofertó, con experiencia de varios años, y antecedentes en contrataciones con el Estado. V. El meollo de la controversia entre las partes reside en si se encuentra justificada la no entrega por parte de la actora de los paneles desmontables para la ejecución del cielorraso, conforme a las obligaciones de la licitación pública N° 96/2013 del cual resultó adjudicataria, y que derivó en la rescisión contractual y penalidad aquí discutida. El argumento principal de la actora, sostenido ante esta Alzada, es, en concreto, que la devaluación abrupta que habría tenido el peso argentino en relación al dólar estadounidense a principios de enero de 2014 le imposibilitó importar los paneles en cuestión. En su favor, invocó la existencia de un caso fortuito y fuerza mayor, o bien de la teoría de la imprevisión. Debo poner de relieve que, en mi criterio, el Sr. Juez ha analizado y desestimado, en forma fundada, los argumentos principales que sostienen la demanda de la actora. En concreto, el Magistrado ponderó que la actora no aportó pruebas: (i) para demostrar que la devaluación en cuestión se deba a incumplimientos de autoridades públicas; (ii) que sustenten sus presentaciones ante la Administración, en la cual refería la imposibilidad de cumplir; (iii) que las alternativas que proponía la Administración excedieran su presupuesto; (iv) que exista una excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación. En su memorial de agravios, el apelante vuelve sobre varias cuestiones ya planteadas en la demanda y resueltas en la sentencia. Me ocuparé, como corresponde al ámbito de revisión de esta Alzada, únicamente de aquellos argumentos novedosos y que no constituyan una reiteración (cfr. art. 271, CPCCN).

VI. Para determinar si existió o no un incumplimiento por parte de la actora, y en su caso si se encuentra justificado, considero ante todo tener presente el alcance de la obligación en cuestión. El Pliego de Bases y Condiciones Particulares aprobado por Resolución SCyMI 11569/2013 (fs. 105/151 del expte. adm. E-48868-2013) establecía, refiriéndose al Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, que el objeto de la contratación era la ¿provisión e instalación de un sistema de cielorraso suspendido y cajón perimetral en la perfilería y placas de roca y yeso según proyecto, para la sede de este Ministerio, sita en la Av. 9 de Julio 1925, CABA?. Este documento detallaba, en el punto 1, las ¿especificaciones técnicas de los paneles acústicos a proveer e instalar?, y como ¿marca sugerida? decía: ¿Armstrong World Industries Inc. o similar?, indicando luego el tipo, modelo, ítem, características de rendimiento, reflectancia lumínica, estabilidad dimensional, entre otros aspectos técnicos (cfr. fs. 109 de las act. adm). Como se puede apreciar, el Pliego que rigió la licitación, y que FRADECO SRL tuvo ¿o debió tener? en cuenta, analizar, y estudiar antes de formular su oferta y cotizar su presupuesto, no exigía una marca en particular, sino paneles acústicos con ciertas características, para lo cual como referencia se indicaba una marca, con la aclaración ¿o similar?. A su vez, la aceptación de las alternativas que la empresa ofreciera era una facultad del comitente, en particular a través del Departamento de Servicios Generales, conforme a lo indicado en el punto 9 del PCP. Este aspecto es crucial para dilucidar la causa, pues da cuenta que a la actora no le fue impuesta la obligación exclusiva de importar paneles Armstrong World Industries Inc. VII. Sentado lo que antecede, corresponde repasar la secuencia de intercambios entre el comitente y la contratista, ante la presunta imposibilidad de proveer el producto sugerido en el Pliego. Tal como explicitó el Juez de grado, frente a la imposibilidad de proveer los paneles de la citada marca Armstrong World

Industries Inc, FRADECO SRL propuso un producto alternativo, de origen alemán (fs. 457 del exp. adm), que por razones técnicas fue desestimado por la Administración, que a su vez propuso otro producto acorde al pliego (cfr. fs. 460/463 del exp. adm); luego, el contratista señaló que la alternativa propuesta por la Administración superaba sus ?posibilidades presupuestarias?, por lo que propuso una nueva opción, que fue rechazada por la Administración, dado que no cumplía las exigencias técnicas del pliego (cfr. fs. 467/469 del exp. adm). Como se puede advertir, la Administración ejerció su facultad de aceptar propuestas ?similares? llevada a cabo por la comitente, a tenor de lo previsto en el citado punto 9 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares, que dice: ?Los oferentes deberán consignar en la oferta la marca, país de origen y nombre del fabricante de la totalidad de los productos cotizados y la aceptación de la propuesta sin observaciones, no exime a este de su responsabilidad por la calidad y características técnicas establecidas y/o implícitas en el pliego y planos. El hecho de que se citen artículos o materiales de determinada marca tiene por objeto definir con claridad lo que este Ministerio desea en cada caso y el valor que se debe prever para los mismos. El oferente podrá cotizar los artículos o materiales similares o superiores, siempre que reúnan las condiciones de calidad, dimensiones y características equivalentes a lo indicado, la aceptación o no de los mismos queda a criterio del Departamento de Servicios Generales?. Ahora bien, debo destacar que ni en sede administrativa ni en sede judicial, la actora probó que el ejercicio de tales facultades haya sido arbitraria. En concreto, no está puesto en duda el carácter fundado, desde el punto de vista técnico, del rechazo por parte de la Administración, de las dos alternativas que propuso FRADECO SRL. A ello debo anudar, en concordancia con lo destacado por el Juez, que la actora no probó ninguna de sus afirmaciones formuladas administrativa, en orden a su imposibilidad de cumplir, tales como que los distribuidores de Armstrong ?respondieron negativamente al pedido de cotización en razón de no tener en la actualidad cantidad necesaria para satisfacer nuestra demanda?, que la Empresa Knauf ?nos cotiza en forma verbal extraoficial y a través de su distribuidor JMA Perfiles SA la placa AMF Thermatex Thermofon? o que dicho monto ?supera nuestras posibilidades presupuestarias?, entre otros. En efecto, por aplicación de las reglas a las que ya hice referencia, no es esperable que si la Administración contrata con una empresa especializada por un monto millonario, la contratista formule planteos sin acompañar prueba documental, o haga referencias a cotizaciones ?verbales? del producto que, ella misma afirma, es el que mayor incidencia tiene en su oferta. VIII. Con los elementos reseñados hasta aquí, puedo concluir que FRADECO SRL debe asumir el riesgo de la cotización que formuló para el ítem 1 denominado ?Provisión y colocación de cielorraso desmontable tipo Armstrong o similar, según pliego? de su oferta. En efecto, el Pliego no exigía una marca obligatoria (por ello sugería una y aclaraba ?o similares?) sino un producto con determinadas características, y en forma concordante contemplaba que las propuestas alternativas que se ofrecieran quedaban sujeta a aceptación por parte de la Administración. Si la empresa decidió ofertar una determinada marca, y cotizar un monto en consecuencia, es una propuesta que formuló libremente dentro de las posibilidades que permitía el pliego, analizando los diversos factores que podían incidir en esa decisión. En este punto, considero gravitante que el punto 9 del PCP exigía como ?requisito excluyente? que la oferente sea ?distribuidor directo de la marca propuesta?, por lo cual esto importa un mayor conocimiento del mercado del objeto que ofrecía entregar. Ahora bien, si de adjudicado el contrato la empresa luego se vio en la imposibilidad de proveer la marca que ofertó, la Administración, de acuerdo al pliego, podía exigirle opciones alternativas, y no era factible que la empresa oponga el límite de su cotización (por caso, al sostener en su nota del 17/02/14 que una de las alternativas ?supera nuestras posibilidades presupuestarias?), pues implicaría que la Administración soporte el riesgo las decisiones empresariales que adoptó el comitente al momento de diseñar su oferta, en desmedro las facultades que le otorgaba el pliego. IX. El análisis de la controversia realizada hasta aquí, da cuenta que la cuestión vinculada a la cotización del dólar no es el argumento central capaz de sustentar el incumplimiento de la actora, sin perjuicio de lo cual haré referencia a esta cuestión. Llama la atención que la actora alegue que el incremento de la cotización del dólar le dificulta la adquisición de cierta marca de paneles acústicos por ser importados de Estados Unidos, y por otro haya ofrecido en su nota del 3 de febrero de 2014 una placa ?de fabricación alemana?, es decir, también importado, pero de un país que utiliza como moneda oficial el euro (como bien es sabido, de una relación con nuestra moneda nacional mayor al dólar). Por su parte, no considero que la prueba pericial de fs. 192/193 acredite la devaluación con la entidad invocada por la actora. En efecto, el perito se expidió, a propuesta del actor, haciendo una comparación de la valuación porcentual del dólar entre el 6/05/2013 y el 5/11/2013 (fecha de presentación de la oferta), por un lado, que arrojó 14,20%, y el 5/11/2013 al 31/01/2014, por otro lado, que arrojó 34,78 %. Como se ve, la comparación fue de seis meses contra tres meses, por lo cual la sana crítica indica que no es un cotejo aceptable, formulado en esos términos. X. Finalmente, aun en la hipótesis en que se tuviera por acreditada la devaluación ?abrupta? en el mes de enero de 2014, la actora no probó la verdadera imposibilidad fáctica o económica de cumplir con su prestación. La actora invocó la existencia de un ?caso fortuito o fuerza mayor? y la ?teoría de la imprevisión?, aunque ambos son conceptualmente distintos y, en cierto grado, incompatibles, pues, por lo general, el primero implica una imposibilidad de ejecutar el contrato, y deriva en una rescisión, en tanto que en el segundo se persigue continuar la ejecución, superando el desequilibrio económico de las prestaciones (cfr., Ariel Cardacci Méndez, en

?Contrataciones de la Administración Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado?, Mario Rejtman Farah (Director), Abeledo Perrot, 1° Ed. 2012, página 144/145). En relación al ?caso fortuito o fuerza mayor?, para los contratos administrativos como el discutido en autos, el instituto está contemplado en el artículo 13, inciso c) del decreto 1023/01, según el cual el cocontratante ?tiene la obligación de cumplir las prestaciones por sí en todas las circunstancias, salvo caso fortuito o fuerza mayor, ambos de carácter natural, o actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que tornen imposible la ejecución del contrato?. A su vez, el artículo 120 del decreto reglamentario 893/12 exime de las penalidades cuando el incumplimiento de la obligación provenga de caso fortuito o de fuerza mayor, exigiendo que esté ?debidamente documentado por el interesado y aceptado por la jurisdicción o entidad contratante? o de actos o incumplimientos de autoridades públicas nacionales o de la contraparte pública, de tal gravedad que coloquen al cocontratante en una situación de ?razonable imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones?. Como se puede apreciar, el decreto reglamentario parecería haber ampliado la causal de ?caso fortuito o fuerza mayor?, sin distinguir el origen. Ahora bien, es una exigencia normativa que el hecho invocado por tal haya sido ?debidamente documentado por el interesado?. La falta de prueba ya indicada impide tener a por cumplido FRADECO SRL este requisito previsto en el artículo 120 del decreto 893/12, toda vez que ni en sede administrativa, ni en sede judicial, acreditó con algún medio de prueba ?por caso, documental? la referida imposibilidad de obtener el producto comprometido.

XI. En lo que se refiere a la ?teoría de la imprevisión? (receptada en el artículo 1198 del Código Civil), cabe recordar que esta Cámara ha explicado que ?la alteración de equilibrio originada en causas ajenas a la voluntad del Estado, dio lugar a la llamada "teoría de la imprevisión" o riesgo imprevisible, medio que la ciencia jurídica proporciona para que, ante circunstancias extraordinarias, anormales e imprevisibles ?posteriores a la celebración del contrato administrativo? pero temporarias o transitorias que deterioran la ecuación en perjuicio del contratante, ésta pueda requerir la ayuda pecuniaria del Estado para obviar esa crítica situación y poder cumplir el contrato? (Sala II, ?Dunco S.A. c/ B.N.A. s/ Cobro de pesos?, sentencia del 1/04/93). En ese sentido, para que sea aplicable la teoría de la imprevisión en materia de contratos administrativos es menester acreditar ?entre otros extremos? que el resultado del contrato arrojó quebranto y que éste superó la aleatoriedad económica corriente (?Dunco SA?, ya citado). Ahora bien, si la actora pretendía demostrar la distorsión de la ecuación económica-financiera del contrato, debería haber aportado la estructura de los precios que tuvo en cuenta al momento de formular su oferta y la real incidencia de la moneda extranjera en el costo de los materiales y/o trabajos efectivamente incorporados a los trabajos. En ese sentido, la corrección de la distorsión en la ecuación económica y financiera de la firma, no puede eliminar por completo el riesgo empresario, de modo que la Administración llegue a cubrirlo por completo. En ese sentido, la teoría de la imprevisión no tiende a garantizar una determinada ganancia del empresario, sino la posibilidad efectiva de cumplimiento del contrato que se ha tornado económicamente inviable. Esta prueba del aspecto económico tampoco fue aportada, y hubiera sido propia de la prueba pericial contable; por lo demás, cabe resaltar que el propio perito puso de relieve que la empresa no exhibió sus libros comerciales (cfr. fs. 202). En resumen, aunque se tuviera acreditado la devaluación abrupta del dólar, este hecho, por sí solo, no eximia a la actora del cumplimiento de su prestación. Debía demostrar, y no lo hizo, de qué manera ese hecho incidía en la estructura de costos del servicio que ofertó, en tal grado de tornar económicamente inviable, por el quebranto generado, la ejecución del contrato. La incidencia porcentual de las placas en relación a la oferta total que el perito establece en el 47,9 % (cfr. fs. 192 y vta) no es indicativo del alegado quiebre de la ecuación económica financiera, y solo constituye un dato sobre el que debería haberse sustentado un análisis más profundo de los costos. Solo a mayor abundamiento, no se puede dejar de señalar que si la actora planteó la teoría de la imprevisión en sede administrativa, ello no debería haberla llevado a incumplir el contrato, sino a solicitar la recomposición contractual. Por las razones expuestas, en cuanto al fondo de la cuestión, la sentencia debe ser confirmada.

XII. En relación al agravio vinculado a la tasa de interés, la actora se queja que se compute desde el 4/03/2015, pues, en su criterio, debe ser desde que exista sentencia definitiva. El agravio no puede ser aceptado, toda vez la resolución 1345/14 del Secretario de Coordinación y Monitoreo Institucional del Ministerio de Desarrollo Social, como acto administrativo, según el artículo 12 de la LNPA goza de presunción de legitimidad y fuerza ejecutoria, lo cual implica que el particular, como principio, debe cumplirlo. Expresamente el ordenamiento contempla que la interposición de los recursos administrativos no suspenden, en regla general, su ejecución. Por tanto, si FRADECO SRL no solicitó en sede administrativa o judicial la suspensión de los efectos del acto, o no le fue concedido, como la multa le era exigible, en este caso, desde el plazo indicado en la intimación de fs. 627 del expediente administrativo.

XIII. Finalmente, debo señalar que la imposición de costas no fue motivo de agravios por la actora apelante, por lo cual no corresponde su revisión, debiendo seguirse el mismo criterio ante esta Alzada. Por las razones expuestas, voto por: (i) rechazar el recurso de FRADECO SRL y, confirmar la sentencia en cuanto fue motivo de agravios; (ii) imponer las costas por el trámite ante esta Alzada a la actora (art. 68, CPCCN). Los Dres. CARLOS MANUEL GRECCO y SERGIO GUSTAVO FERNÁNDEZ adhieren al voto precedente.

En atención al resultado que informa el acuerdo que antecede, se RESUELVE: (i) rechazar el recurso de FRADECO SRL y,

confirmar la sentencia en cuanto fue motivo de agravios; (ii) imponer las costas por el trámite ante esta Alzada a la actora (art. 68, CPCCN). Regístrese, notifíquese y devuélvase. JORGE ESTEBAN ARGENTO CARLOS MANUEL GRECCO
SERGIO G. FERNÁNDEZ 042635E