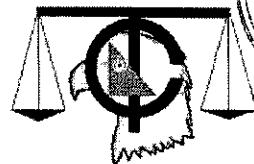




Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



“2018 – Año de los 44 Héroes del Submarino ARA San Juan”

Informe Legal N° 146/2018

Letra: T.C.P. - S.L.

Cde.: Expte. N° 2540, Letra MS año 2018

Ushuaia, 11 de octubre de 2018

SECRETARÍA CONTABLE

Viene a la Secretaría Legal el Expediente *ut supra* citado, perteneciente al registro de la Gobernación de la Provincia, caratulado “S/ADQ. DE DOS (2) EQUIPOS BRONCO FIBROSCOPIO PEDIATRICO, DESTINADOS AL SERVICIO DE UTIP DE LOS HOSPITALES REGIONALES DE LA PROVINCIA, DEPENDIENTES DEL MINISTERIO DE SALUD”, a fin de que se emita dictamen jurídico.

ANTECEDENTES

Mediante Informe Contable N° 384/18, Letra T.C.P. - P.E., emitido por la Auditora Fiscal, CP Noelia PESARESI, señaló que en el marco de las presentes actuaciones, trató la compra de dos (2) equipos bronco fibroscopio pediátrico que, según la nota obrante a fojas 4, se inició en 2016 y motivado en un pedido judicial para contar con dicho instrumental, luego del fallecimiento de un menor de edad.



“Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur son y serán Argentinas”

Que a raíz de ello, se concluyó por suscribirse la Orden de compra N° 207/2018, con el proveedor Roberto Sergio ORMAZA DE PAUL, otorgándole un plazo de sesenta días (60) desde la notificación para la entrega del equipamiento.

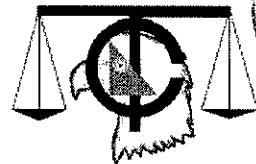
Señala que si bien el vencimiento del plazo de entrega operó el 12 de junio de 2018, el proveedor solicitó la baja de los renglones que componen la orden de compra suscripta, aludiendo a la situación económica del país y la devaluación de la moneda nacional y de cuya lectura surge que los equipos se encontraban en Alemania en una instancia previa a ser importados a la Argentina (fs. 89/90). Asimismo adjuntó una nota firmada por el apoderado de Karl Storz Endoscopía Argentina S.A., informando a la firma adjudicataria el mantenimiento de los valores en moneda extrajera establecidos en el mes de febrero de 2018 (fs. 92/93).

A su turno la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Salud emitió el Dictamen Letra D.G.A.J. - M.S. N° 100/2018, en el que se sostiene que no existiría óbice para proceder a la rescisión del contrato y la baja de los renglones sin penalidades al adjudicatario, con fundamento en lo dispuesto por el Punto 92 del artículo 34 del Decreto provincial N° 674/11, criterio que fue compartido por el señor Secretario de Planificación, Gestión y Política de Salud, Pedro Guillermo SEGUI, e indicó que se realizar un nuevo llamado a cotizar.

Por su parte, el señor Ministro de Salud, Dr. Guillermo Adrián RUCKAUF, emitió la Resolución M.S. N° 732/18 (v. fs. 102), rescindiendo los renglones N° 1 y N° 2 de la Orden de Compra N° 207/18, adjudicados a Roberto



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



“2018 – Año de los 44 Héroes del Submarino ARA San Juan”

Sergio ORMAZA DE PAUL, por la suma de pesos ochocientos cincuenta y seis mil ochocientos (\$ 856.800) y autorizó la realización de un nuevo llamado.

En función de ello, la señora Auditora Fiscal actuante, solicitó la consulta a esta Secretaría Legal, respecto de si la baja de la orden de compra solicitada por el adjudicatario por la situación económica del país y la devaluación de la moneda, habilitan el encuadre de la rescisión en un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, en los términos del artículo 34, puntos 92 y 93 del Decreto provincial N° 674/11.

ANÁLISIS

De manera preliminar, corresponde precisar que la norma reglamentaria citada, expresamente establece: “92. CASOS FORTUITOS O DE FUERZA MAYOR

Las penalidades establecidas en este reglamento no serán aplicadas cuando el incumplimiento de la obligación provenga de casos fortuito o de fuerza mayor debidamente documentado por el oferente o adjudicatario y aceptado por el organismo licitante.

93. COMUNICACIÓN DE LOS CASOS FORTUITOS O DE FUERZA MAYOR



“Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur son y serán Argentinas”

La existencia de caso fortuito o de fuerza mayor que impida el cumplimiento de los compromisos contraídos por los oferentes o adjudicatarios, deberá ser puesta, sin excepción alguna, en conocimiento del organismo licitante dentro de los diez (10) días hábiles de producida. Si el vencimiento fijado para la satisfacción de la obligación no excediere de diez (10) días hábiles, la comunicación referida deberá efectuarse entes de los dos (2) días hábiles de ese vencimiento. Transcurridos dichos términos no podrá invocarse el caso fortuito o la fuerza mayor. Se tendrá en cuenta para la aplicación del presente punto:

a) Para que se produzca el caso fortuito es necesario la imposibilidad de cumplir la obligación y no la mera dificultad; el adjudicatario debe haberse hallado ante un obstáculo insuperable y éste no debe ser previsible.

b) La teoría de la imprevisión, existe siempre que los cambios sean imprevisibles e imprevistos, además de extraordinarios, semejantes a los que configuran la fuerza mayor.

Tanto el caso fortuito como la teoría de la imprevisión producen como efecto, el no cumplimiento del contrato y su rescisión”.

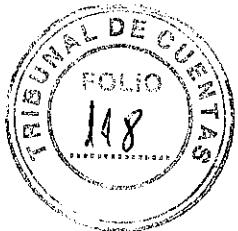
Sin perjuicio de la imprecisión conceptual de la norma reglamentaria, pues no se adecua concretamente a los institutos del Código Civil vigente en el momento de su emisión ni a los del Código Civil y Comercial de la Nación, ya que la denominada teoría de la imprevisión abarca tanto al caso fortuito como el de fuerza mayor y además, supone la posibilidad de adecuación o modificación



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTIDA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



"2018 – Año de los 44 Héroes del Submarino ARA San Juan"

además de la *resolución* del contrato, si su cumplimiento se torna excesivamente oneroso para una de las partes.

Pero toda vez que lo que se pretende en este caso particular, no es adecuar o modificar el contrato para viabilizarlo, sino que ambas partes han llegado a un acuerdo sobre su rescisión, la cuestión central a dilucidar es si la emergencia económica y los abruptos incrementos en el valor del dólar estadounidense, alcanza a configurar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

El artículo 1091 del Código Civil y Comercial de la Nación, expresamente prevé: "*Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente oneroso, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferido derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatoria si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia*".

Respecto de la norma se ha dicho: "*La especie regulada.- La norma regula la figura denominada como 'doctrina de la cláusula rebus sic stantibus', 'doctrina de la imprevisión' o 'doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente'*



"*Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur son y serán Argentinas*"

entre otras, en función de las variadas fundamentaciones que se la ha asignado. El Código Civil y Comercial opta, en el presente artículo, intitularla 'imprevisión'.

El supuesto al que refiere, palabras más, palabras menos, es el mismo que el previsto en el precedente art. 1198, párr. 2º y ss. del CC (texto según ley 17.711). Así se lo ha considerado en la jurisprudencia. Como novedad cabe destacar los siguientes aspectos:

Ámbito de aplicación. - A diferencia del régimen derogado, la nueva norma no alude expresamente como ámbito de aplicación a los contratos 'bilaterales', ni a los 'onerosos'. Ello ha llevado a afirmar que el instituto en análisis podría aplicarse también a los contratos 'gratuitos', tales como la donación, el mandato o depósito gratuito, el comodato, el mutuo gratuito, etcétera. Particularmente coincido con quienes sostienen que el ámbito de aplicación sigue siendo igual al que tenía la figura según el régimen derogado, a saber: los contratos onerosos, de ejecución diferida o de duración. Es que la norma en comentario sí refiere expresamente a los contratos 'commutativos', y esta categoría constituye una especie de los contratos onerosos. Asimismo, el artículo reitera la excepción a favor de los contratos aleatorios, cuando la prestación se torna onerosa por causas extrañas al riesgo propio del contrato. Se mantiene la exigencia, como no podría ser de otro modo, de que el contrato sea de 'ejecución diferida', o bien de 'duración', atento a que siempre será menester el haberse convenido la dilación del cumplimiento del contrato, lapso durante el cual puedan conjugarse sus requisitos de procedencia. La norma, en lugar de contrato de 'duración', utiliza la expresión de 'ejecución permanente',



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS
DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTICA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR

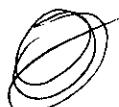


"2018 – Año de los 44 Héroes del Submarino ARA San Juan"

categoría que no está definida en ningún artículo del Código Civil y Comercial. De ahí que preferimos la denominación de 'contrato de duración', que sí tiene una referencia en el art. 1011 del CCCN, alusivo a los 'contratos de larga duración'. Los contratos de duración son aquellos que hace su esencia la prolongación de su ejecución en el tiempo, sea continuada -contrato de obra- o periódica -locación-.

3. Requisitos de procedencia.- Se conserva el requisito básico de que la prestación a cargo de una de las partes, se torne -esto es, de modo sobreviniente- 'excesivamente onerosa'. En jurisprudencia se ha considerado que: 'no obsta con que medie cualquier alteración en la relación genética del contrato, sino que esta debe ser excesiva en un grado tan intenso que merezca tal calificación, lo cual supone que el sacrificio supere en mucho a la ventaja o viceversa' (...)

Se ha dicho que la 'excesiva onerosidad' se encuentra en una zona intermedia entre la simple dificultad de cumplimiento y una verdadera imposibilidad objetiva, pero, en probidad, los conceptos se encuentran relacionados y no pocas veces la imposibilidad será sinónimo de una onerosidad completamente desbocada: piénsese en el caso de una casa que, antes de ser entregada, es destruida por un terremoto y que lleva a excusar al vendedor de sus obligaciones. En tal supuesto, ¿es objetivamente imposible entregar la casa? Materialmente no ya que siempre el vendedor podría construir una casa idéntica para cumplir con lo prometido, pero, como esto llevaría a costos tan excesivos en proporción al precio que se desea obtener, se corta por lo sano y se lo



"Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur son y serán Argentinas"

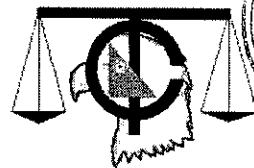
califica como imposible. Ahora bien, ¿cuándo estaremos frente a algo ‘excesivo’ y no frente a una mera ‘dificultad’? A la luz de lo que acaba de señalarse, es obvio que la ‘excesiva onerosidad’ no tiene que ser tan grosera como la de algunos de los casos tradicionalmente calificados de ‘imposibilidad’. No se requiere entonces que la misma llegue a impedir el cumplimiento efectivo de la prestación o lleve a la ruina del deudor, pero sí que imponga una carga definitivamente superior a la que resulta evidente que este estaba dispuesto a asumir al tiempo de obligarse; al punto que la eventual exigencia de cumplimiento por parte del acreedor implica una clara violación del principio de buena fe consagrado en forma asertiva por los arts. 9º, 10, 729 y 961 del CCCN (...)

El art. 1091 del CCCN no fija porcentajes o proporciones de referencia y parece razonable que así sea, dada la gran variedad de casos que pueden llegar a darse. Tampoco hay criterios uniformes al respecto en el derecho comparado. Así por ejemplo, los comentarios a los Principios UNIDROIT aluden a una alteración de al menos un cincuenta por ciento del valor del contrato, en tanto que la jurisprudencia italiana ha considerado suficiente una devaluación del catorce por ciento de la libra esterlina. En última instancia, deberá establecerlo el juez sobre la base de las expectativas concretas y objetivas de cada parte, el tipo contractual empleado, los valores involucrados en el negocio y a las modalidades pactadas que, en definitiva, nos hablarán de la distribución de riesgos económicos que se hayan establecido (...)

Aquí, le pedimos al lector que recuerde todos los dimes y diretes que se han dado, y se siguen dando, en nuestro país respecto de la prohibición o



Provincia de Tierra del Fuego, Antártida
e Islas del Atlántico Sur
República Argentina



TRIBUNAL DE CUENTAS DE TIERRA DEL FUEGO
ANTÁRTICA
E ISLAS DEL ATLÁNTICO SUR



“2018 – Año de los 44 Héroes del Submarino ARA San Juan”

aceptación de cláusulas de estabilización, así como en materia de obligaciones en moneda extranjera. ¿Y es que acaso los particulares tienen que ser las válvulas de escape de la improvisación de sus gobernantes? Porque, ciertamente una cosa será que estemos hablando de un contrato internacional entre multinacionales y otra muy distinta, los contratos de ciudadanos que ni pactan en dólares porque quieren, ni ahorran en dólares porque les guste, sino por el simple hecho de que su moneda fluctúa y se deprecia sin remedio por cortesía de decisiones políticas y macroeconómicas que los trascienden. Todo eso, sin contar que, al momento de escribir estas líneas, la Argentina viene padeciendo una de las inflaciones más elevadas del mundo, sin que existan causas económicas reales para ello sin contar con que, en la práctica, el mismo gobierno que generó esa inflación, que durante años simplemente negaba alternado el sistema de estadísticas oficiales, también ha restringido en forma surrealista las compras de moneda extranjera con fines de ahorro; creando, entre otras cosas, el problema de un mercado paralelo que antes ni siquiera existía. Con semejante panorama, ¿es razonable pedirles una mínima previsión a los particulares en unos tiempos donde la imprevisión la generan día a día las propias autoridades?. El verdadero problema a resolver con la mal llamada ‘imprevisión’ es, pues, el de una excesiva onerosidad sobreviniente producto de una alteración inculpable en la comutatividad del contrato y no el buscar excusas acerca de los motivos que llevaron a esa situación para negar el remedio (...)

Lo que no plantea dudas es que la idea de ‘alteración extraordinaria’ alude a cuestiones que trascienden a las partes. Por eso, jamás podrían hacerse



“Las Islas Malvinas, Georgias y Sandwich del Sur son y serán Argentinas”

valer cuestiones personales (como, por ejemplo, el haber perdido el trabajo y no contar ahora con ingresos para poder cumplir); aunque sí la situación que en su vida personal está provocando el contrato alterado por causas ajenas a ella y a su contraparte.

*Resumiendo, el art. 1091 del CCCN solo podrá cumplir con su función si se entiende, siguiendo las tendencias mas modernas en la materia, que el remedio ya no se centra en las causas del desequilibrio, sino en la gravedad de este y al hecho de que ‘no era querido’ por las partes que, por otro lado, no son meros sujetos pasivos de los cambios que llevaron a la alteración de las circunstancias” (BUERES, Alberto J. Dirección. *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Tomo 3C, Hammurabi, Buenos Aires, 2018. Págs. 368/9 y 453/457).*

CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo expuesto, desde un punto de vista estrictamente legal y sin ingresar al análisis de las variables económicas y el grado de desequilibrio de la ecuación económico financiera del contrato -más allá de lo que resulta de público y notorio conocimiento en materia cambiaria a nivel nacional- pues ello excede la incumbencia profesional de este Servicio Jurídico, entiendo que de considerarse verificada tal afectación y su virtualidad de provocar la excesiva onerosidad para la parte que alega la imposibilidad de cumplimiento, la resolución del contrato en el marco de los puntos 92 y 93 del Decreto provincial N° 674/2011 se encontraría razonablemente justificada.

