

20 de diciembre de 2019

CONTRATAR CON EL ESTADO NUNCA FUE SENCILLO

Los conflictos contractuales entre los particulares y el Estado se plantean dentro de un marco legal complejo, oscuro y poco equilibrado. Hasta para los jueces.

En noviembre de 2013, el Ministerio de Desarrollo Social necesitaba cambiar los cielorrasos de sus oficinas.

Llamó entonces a licitación pública, con requerimientos técnicos muy estrictos, al extremo que sugirió marca y modelo de las placas aislantes que debían instalarse: Armstrong y “Ultima”, respectivamente, fabricados en los Estados Unidos, “o similares”. (Pero... ¿no existe acaso una ley “de Compre Nacional” que obliga al Estado a comprar bienes hechos en el país? ¿Nadie —Estado, contratista o jueces— se acordó de esta norma?

Fradeco SRL ganó la licitación y, de acuerdo con el Régimen de Contrataciones del Estado entonces vigente, constituyó una garantía para el caso de no cumplir lo acordado.

El 28 de enero de 2014 el Estado emitió la correspondiente orden de compra a favor de Fradeco. Pero entre noviembre de 2013 y enero de 2014 el valor del dólar estadounidense pasó de \$ 5,91 por dólar a \$ 8,01...

El mismo 28 de enero Fradeco dijo que “debido a las medidas cambiarias del Gobierno a partir del 24 de enero se nos

hace de imposible cumplimiento la ejecución de los trabajos...”.

Unos días después, el 3 de febrero, pareció haberlo pensado mejor y pidió poder reemplazar las placas exigidas por el pliego por otras, hechas en Alemania, dado el aumento de precio de las fabricadas en los Estados Unidos.

El Estado sugirió entonces otro tipo de placas, a lo que Fradeco replicó diciendo que éstas eran aún más caras que las originalmente previstas, por lo que no podría pagarlas. Pero propuso aún una nueva alternativa, que fue finalmente rechazada por razones técnicas.

A fines de febrero de 2014 el Estado decidió rescindir la compra y multó a Fradeco por su incumplimiento.

La empresa presentó primero un pedido de reconsideración de la multa y luego un recurso jerárquico ante el Ministerio, pero ambos fueron denegados.

Entonces recurrió a la justicia. Ante su demanda, el Estado respondió con una contra-demanda (una “reconvención”, en lenguaje técnico) exigiendo el pago del saldo de la multa que no había podido ser recuperado por vía de la garantía.

En primera instancia la demanda de Fradeco fue rechazada. (Lo de “primera” es un eufemismo: para ese momento la cuestión ya había sido planteada cuatro veces). Pero, para colmo de males, se admitió la contra-demanda del Estado contra Fradeco, que entonces volvió a apelar.

El juez, al resumir toda la historia anterior, destacó que la posición de Fradeco había sido ambigua: en su nota del 28 de enero había dicho (sin acompañar prueba alguna) que en el país no había stock de paneles Armstrong. Pero en la demanda judicial, reconoció que “...no es que se hubiera producido el agotamiento de stock, sino que [las placas] deben importarse de los Estados Unidos, por lo que la imposibilidad de la entrega fue la devaluación del peso”. (pero... ¿no existía acaso entonces un Reglamento de Contrataciones del Estado que exigía que las cotizaciones de productos a importar se hicieran en moneda extranjera y de acuerdo “a los términos comerciales de uso habitual en el comercio internacional” como CIF o FOB?)

El juez también hizo notar que Fradeco omitió probar sus argumentos: ni demostró la inexistencia de stock de placas Armstrong —pero... ¿cómo se prueba un hecho negativo?— ni el supuesto alto valor de las posibles placas sustitutivas.

Además, si el problema fue la devaluación del peso, ¿por qué Fradeco sugirió usar placas hechas en Alemania, que también debían pagarse en moneda extranjera? Finalmente Fradeco también omitió demostrar que las placas sugeridas por el Ministerio excedían su presupuesto.

Ante la Cámara de Apelaciones¹, Fradeco sostuvo que la decisión estatal de rescindir la orden de compra había sido nula, de nulidad absoluta e insanable, porque estaba fundada en hechos falsos y en normas inaplicables.

Además, dijo que la devaluación de enero de 2014 (“no anticipada por nadie”) había constituido “un hecho ajeno a la empresa y de características extraordinarias e imprevisibles”. Más aun: “pretender que la devaluación, en el grado que se produjo, fue ajena a las autoridades monetarias, no resultaba una conclusión razonable”. Pero “fuera o no atribuible al gobierno, constituyó un hecho extraordinario por su magnitud e imprevisible”.

El argumento central (en cuyo ataque luego se concentraron los jueces) fue que no podía pretenderse que “Fradeco, un simple ciudadano de a pie, pudiera predecir la oportunidad y magnitud de la devaluación del peso”, pues eso “constituía una afirmación temeraria y sin ninguna apoyatura en la realidad”.

Su principal argumento, dijo Fradeco, era que “la cuestión relevante que la eximía de responsabilidad no era ‘el agotamiento de stock’ sino la abrupta devaluación del peso”, culpa de la cual el precio fijado en pesos “resultaba insuficiente... para comprar un artículo de importación que cotizaba en dólares”.

La devaluación, según una pericia acompañada por Fradeco, incrementó el costo del contrato en un 34,78%, “lo que acreditaba la gravedad del desequilibrio y de la alteración de la ecuación económico-financiera original del contrato”.

¹ In re “Fradeco c. Estado Nacional”, CNContAd Fed (III), 8 de agosto de 2019; expte. 16684/2015

Como anticipamos, los jueces contradijeron aquello del “simple ciudadano de a pie”. Para ellos, Fradeco era “una empresa especializada, con varios años de experiencia y contratista habitual del Estado desde 2007”. Aunque ello “no implicaba afirmar que Fradeco debía prever devaluaciones abruptas [...] al momento de formular su oferta tenía [un] deber de diligencia diferenciado de una persona común, por lo cual debía contemplar los factores que incidían en la actividad que estaba ofreciendo brindar a la Administración y que puedan alterar su presupuesto, entre los que se encuentran aquellos relativos al álea económica”. (¿Por qué sorprenderse de que el Estado siempre compre caro o contrate servicios más onerosos que los particulares?)

A quien contrata con el Estado se le debe exigir “un comportamiento oportuno, diligente y activo que lo obligue a poner de manifiesto las circunstancias susceptibles de modificar las cláusulas contractuales...”. El contratista del Estado “no puede invocar errores o defectos cuya inadvertencia provenga de su propia incuria, desatención o negligencia” y debe “prever cualquier eventualidad que pudiera incidir negativamente en el resultado económico del contrato, adoptando las diligencias apropiadas que exigen las circunstancias...”. Más aún: “quien decide formular una oferta al Estado en vistas a ser su contratista, [hace] presuponer un grado de diligencia que excede el común, tanto para preparar su oferta como para prestar el servicio o realizar la obra...”, por lo que debe “prever cualquier eventualidad”.

Luego de exigir ese estándar que consideramos de casi imposible cumplimiento, los jueces consideraron que Fradeco no había podido probar que la devaluación se debiera a “incumplimientos

de autoridades públicas” —¿cómo podría demostrarse semejante cosa?—; que le resultaba imposible cumplir el contrato —¿otro caso de prueba negativa?—; que las alternativas propuestas por el Estado excedían su presupuesto —ésto sí podría haber sido demostrado— y que había existido “excesiva onerosidad sobreviniente”.

Pero además si el propio pliego establecía que las placas a suministrar al Estado debían ser Armstrong *o similares*, a Fradeco “no le fue impuesta la obligación exclusiva de importar paneles de esa marca”.

Tampoco Fradeco demostró que las facultades estatales de aceptar o rechazar “propuestas similares” hubieran sido ejercidas arbitrariamente. Para el tribunal, si Fradeco “decidió ofertar una determinada marca y cotizar en consecuencia, fue una propuesta que formuló libremente”.

Según una frase muy ambigua que siembra desconcierto, los jueces entendieron que “si Fradeco se vio imposibilitada de proveer la marca que ofertó y [el Estado] le podía exigir opciones alternativas, la empresa no podía oponer el límite de su cotización [pues] ello implicaría que la Administración soporte el riesgo de las decisiones empresariales que el comitente adoptó al momento de diseñar su oferta. Si “el comitente” es el Estado, la frase es incomprensible. Si en cambio quiere decir “Fradeco” es redundante.

Para los jueces, sin embargo, “la cuestión vinculada a la cotización del dólar no fue el argumento central capaz de sustentar el incumplimiento” de Fradeco: *ésta “no probó la verdadera imposibilidad fáctica o económica de cumplir con su prestación”*.

En primer lugar, Fradeco debió haber “documentado debidamente” el caso fortuito o la fuerza mayor o los actos e incumplimientos de autoridades públicas “de tal gravedad que coloquen al contratante en una situación de *razonable imposibilidad de cumplimiento*”.

En segundo lugar, si la alteración del equilibrio hubiera estado originada en causas ajenas a la voluntad del Estado, Fradeco “podría haber requerido ayuda pecuniaria del estado para [...] poder cumplir el contrato”. Pero para ello, la empresa debería haber probado “que el resultado del contrato arrojó quebranto y que éste superó la aleatoriedad económica corriente”. Para eso, “debería haber aportado la estructura de los precios que tuvo en cuenta al momento de formular su oferta” y *esta prueba tampoco fue aportada*.

En resumen, “aunque se hubiera acreditado la devaluación abrupta, este hecho, por sí solo, no eximió a [Fradeco] del cumplimiento de su prestación. *Debía demostrar, y no lo hizo, de qué manera ese hecho incidía en [su] estructura de costos en tal grado de tornar económicamente inviable, por el quebranto generado, la ejecución del contrato*”.

Los jueces, entonces, decidieron que el contrato había sido bien rescindido por le

Estado y obligaron a Fradeco a pagar la multa por incumplimiento.

Pero... si los jueces hubieran aplicado la Ley de Compre Nacional ¿no habrían debido declarar nula la orden de compra que preveía la adquisición de productos importados? Y si hubieran aplicado el Régimen de Contrataciones del Estado que ordenaba aplicar las condiciones CIF o FOB al tratarse del pago en moneda extranjera de bienes a importar, ¿la sentencia habría sido la misma? Por eso decíamos al principio que las normas para contratar con el Estado son complejas y oscuras. *Ni los jueces las conocen todas*.

También dijimos que son poco equilibradas. ¿Tiene sentido que una disputa comercial atravesase, como en este caso, cinco instancias diversas? ¿Cuál es el costo adicional que debe recargar el contratante con el Estado para mitigar su riesgo de estar seis años en pleito?

¿No sería mejor pleitear caso por caso, y pagar cuando corresponda, que plantear un estándar exageradamente alto por el cual quien contrata con el estado debe prever *absolutamente todo*, con el riesgo de que, en caso contrario, pierda hasta la camisa?

¿Qué convendrá a los contribuyentes, que son quienes solventan el sistema? ¿Un Estado que compra siempre caro o un Estado capaz de correr riesgos mercantiles?

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**